فهرست کتب دینیه سنت و جماعت موجوده مطبع

بحمده و فضله بر خواطر دریا مقاطر ارباب الباب مخفی مباد که فهرست کتب موجوده کارخانه اوده اخبار اگرچه بذریعه فهرستهای جداگانه پیوسته اشتهار داده میشود مگر مناسب وقت چنین می نماید که اسامی بعضی کتب دینیه سنت و جماعت از فقه و اصول و تفسیر و کلام و حدیث که مناسبت تمام باین کتاب داشته باشد بنا بر اطلاع علما و فضلا و شائقین ماهرین علوم که اطلاع موجود بودنش از ذریعه رقیمه باشد نقل نموده میشود و آن اینست

کتب فقه عربی و اصول فقه

فتاوای عالمگیری تمام و کمال
شرح الیاس شرح مختصر الوقایه
هدایه شریف کامل مع ترجمه فارسی
هدیة المختار شرح رساله عضدیه
احیاء العلوم عربی هر چهار جلد
مختصر الوقایه
جامع الرموز
شرح وقایه محشی بحواشی مختلفه
شرح وقایه مع چلپی
فتاوای کنز الدقائق عربی
فرائض شریف شرح سراجیه
نور الانوار مع قمر الاقمار
مجموعه تنقیح و توضیح
تلویح و چلپی
شیخ الاسلام حاشیه تلویح
ملا خسرو حاشیه تلویح
کفایه حاشیه هدایه مع هدایه محشی بحواشی مختلفه
عینی شرح هدایه تمام و کامل

کتب فقه فارسی و اردو

ترجمه اردو در مختار هر چهار جلد
حقیقة الصلوة
سبیل الجنان
فتاوای برهنه تمام و کامل
مالابد منه فارسی
کشف الحاجات یعنی مالابد اردو
مذاق العارفین ترجمه احیاء العلوم کامل
شرح وقایه فارسی

نور الهدایه ترجمه اردو شرح وقایه
ترجمه اردو کنز الدقائق
حج اکبر مسمی بغایة الشعور
فتاوی المیراث
رساله فرائض
مسالک المتقین
عمدة البضاعت فی مسائل الرضاعت
تذکرة الحجه
احکام العیدین
موضح الحق
هزار مسئله
شرع محمدی
رساله تاکید باب الحج
سراج السالکین
فضائل الشهور و الایام
حیرت الفقه
ضمان الفردوس

کتب تفسیر و مثل آن

تفسیر کشاف
خلاصة الکشاف
بیضاوی شریف
تفسیر اتقان
تفسیر جلیل القدر سراج المنیر
کمالین حاشیه جلالین
جواهر القرآن مترجم
مجموعه زینت القاری
تفسیر سوره یوسف منظوم
تفسیر زاد الآخرت

تفسیر حسینی تمام و کامل
تفسیر سوره فاتحه
رموز القرآن
فضائل القرآن
تفسیر القلندری فی تحریر الانور
میزان الفرقان

کتب احادیث و اوراد

قسطلانی شریف شرح صحیح بخاری شریف کامل
صحیح مسلم مع نووی شریف
شرح حصن حصین
مجربات دیربی
شرح سفر السعادت
تعبیر الرویا
تحفة الاخیار ترجمه مشارق الانوار
سنن ابی داود
اوراد نقشبندی
سید الاوراد
ترجمه مجربات دیربی
ترجمه تعبیر الرویا مسمی بتاویل المنام
مصباح الهدایت ترجمه عوارف المعارف
کیمیای سعادت
اکسیر هدایت ترجمه کیمیای سعادت
شرح مثنوی شریف تصنیف مو
بحر العلوم
انوار محمدی
تحقیق الانساب

إن الله على كل شيء قدير

قد طبع المجلد الثاني من الكتاب المستطاب الذي يزري زهرها على الانوار الربيعية الكاشف لمعضلات الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع بحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية المشتهر

بالفتح القدير

مع متنه

الهداية والكفاية

للعلامة النحرير امام العلماء سيد الفقهاء اكمل الكملاء في الحديث والتفسير شيخ الاسلام كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام اسكنه الله برحمته دار السلام بتصحيح الفاضل العريف العلام مولانا محمد اعظم حسين الخيرآبادي في الهند ولاياد

في المطبع المنشي نولكشور الواقع في لكهنو

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين

كتاب النكاح هو اقرب الى العبادات حتى ان الاشتغال به افضل من التخلي عنه لمحض العبادة على ما نبين ان شاء الله تعالى فلذا اولاه العبادات والجهاد وان كان عبادة الا ان النكاح سبب لما هو المقصود منه وزيادة فانه سبب لوجود المسلم والاسلام والجهاد سبب لوجود الاسلام فقط كذا قيل والحق ان الجهاد ايضا سبب لهما اذ نقل الموصوف من صفة الى صفة يعني من الكفر الى الاسلام يصح قولنا انه سبب لوجود المسلم والاسلام فالحق اشتراكهما في ذلك لكن الاكثرية في تحصيل ذلك فان ما يحصل بالنكاح افراد المسلمين منه اضعاف ما يحصل بالقتال اذ الغالب حصول القتل او الذمة دون اسلام اهل الدار فقدم للاكثرية في ذلك ثم انما ولي العبادات البيوع نظرا الى بساطته بالنسبة الى النكاح باعتبار تمحض معنى المعاملة فيه بخلاف النكاح وليس حد يجب في بداءة تقديم معنى على معنى فان كل معنى له خصوصية ليست في الآخر فالمقدم يعتبر بما قدر به ويسكت عما اخره والعاكس يعكس ذلك النظر وانما ابداء وجه اولوية التقديم هذا على ذلك هو التحقيق وهو يستدعي النظر بين الخصوصيتين ايهما يقتضي اكثر اقتضاء التقديم وقد يفضي الى ترجيحات كل واحد وخصوصياته يستدعي تطويلا مع قلة الجدوى فالاقتصار في ذلك ادخل في طريق اهل العلم والتحصيل فلابد من تحصيل زيادة البصيرة فيما نشرع فيه من تقديم تفصيل امور الامر الاول معناه انه قيل مشترك بين الوطء والعقد اشتراكا لفظيا وقيل حقيقة في العقد مجاز في الوطء وقيل بقلبه وعليه مشايخنا رحمهم الله صرحوا به وصرحوا بانه حقيقة في الضم ولا منافاة بين كلاميهم لان الوطء من افراد الضم والموضوع للاعم حقيقة في كل من افراده كانسان في زيد لا يعرف القدماء غير هذا الى ان حدث التفصيل بين ان يراد به خصوص الشخص فيجعل خصوص عوارضه المشخصة مرادا مع المعنى الاعم بلفظ الاعم فيكون مجازا والا فحقيقة وكان هذه الارادة قل ان تخطر عند الاطلاق حتى ترك الاقدمون تقسيم ذلك التفصيل بل المتبادر من مراد من يقول لزيد يا انسان يا من يصدق عليه هذا اللفظ لا يلاحظ اكثر من ذلك فيكون المشترك المعنوي حقيقة فيهما واحد ان المتحقق الاستعمال في كل من هذه المعاني ففي الوطء قوله صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من سفاح اي من وطء حلال لا من وطء حرام وقوله يحل للرجل من امرأته الحائض كل شيء الا النكاح وقول الشاعر ومن ايم قد انكحتها رماحنا واخرى على خال وعم تلهف وقوله ومنكوحة غير ممهورة وقول الآخر التاركين على طهر نسائهم والناكحين بشطي دجلة البقرا وفي العقد قول الاعشى ولا تقربن جارة ان سرها عليك حرام فانكحن او تأبدا وفي المعنى الاعم قول القائل ضممت الى

يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه

صدري مستطر صدرها، كما نكحت ام الغلام صبيها، اي ضمته وقول ابي الطيب ؎ انكحت صم حصاها خف يعملة تغشمرت بي اليك السهل والجبلا، اي ضمته فدعي الاشتراك اللفظي يقول تحقق الاستعمال والاصل الحقيقة والثاني يقول كونه مجازا في احدهما حقيقة في الآخر حيث امكن اولى من الاشتراك ثم يدعي تبادر العقد عند اطلاق لفظ النكاح دون الوطي ويحيل فهم الوطي حيث فهم على القرينة ففي الحديث الاول هي عطف السفاح بل يصح حمل النكاح فيه على العقد وان كان الولادة بالذات بين الوطي و في الحديث الثاني اضافة المرأة الى ضمير الرجل فان مراده بها المعقود عليها فيلزم ارادة الوطي من النكاح المستثنى والا فسد المعنى اذ يصير يحل من المعقود عليها كل شئ الا العقد وفي الابيات الاضافة الى البقر ونفي المهر والاسناد الى الرماح اذ يستفاد ان المراد وطي البقر والسبيات فالجواب منع تبادر العقد عند اطلاق لفظ النكاح لغة بل ذلك في المفهوم الشرعي الفقهي ولا نسلم ان فهم الوطي فيما ذكر مستند الى القرينة وان كانت موجودة اذ وجود قرينة تؤيد ارادة المعنى الحقيقي مما يثبت مع ارادة الحقيقي فلا يستلزم ذلك كون المعنى مجازيا بل المعتبر تجرد النظر الى القرينة ان عرف انه لولاها لم يدل اللفظ على ما عينته فهو مجاز والا فلا ونحن في هذه المواد المذكورة نفهم الوطي قبل طلب القرينة والنظر في وجه دلالتها فيكون اللفظ حقيقة وان كان مقرونا بها اذ النظر فيه استدعى ارادة ذلك المعنى الا ترى ان ما ادعوا فيه الشهادة على انه حقيقة في العقد مجاز في الوطي من بيت الاعشى فيه قرينة تفيد العقد ايضا فان قوله فلا تقربن جارة نهي عن الزنا بدليل ان سرها عليك حرام فيلزم ان قوله فانكحن امر بالعقد اي تزوج ان كان الزنى عليك حرام او تابدي توحش اي كن كالوحش بالنسبة الى الآدميات فلا يمكن منك قربان لهن كما لا يقربهن وحشي ولم يمنع ذلك ان يكون اللفظ في العقد حقيقة عندهم في هذا البيت اذ هم لا يقولون بانه مجاز في هذا البيت واما ادعاء انه في الحديث للعقد فيستلزم التجوز في نسبة الولادة اليه لان العقد انما هو سبب السبب ففيه دعوى حقيقة بالخروج عن حقيقة وهو ترجيح بلا مرجح ولو كانا سواء لكيف والانسب كونه في الوطي يتحقق التقابل بينه وبين السفاح اذ يصير المعنى من وطي حلال لا وطي حرام فيكون على خاص من الوطي الدال على الخصوصية لفظ السفاح ايضا فثبت الى هنا انا لم نزده سوى ثبوت مجرد الاستعمال شيئا يجب اعتباره وقد علم ثبوت الاستعمال ايضا في الضم فباعتباره حقيقة فيه يكون مشتركا معنويا من افراده الوطي والعقد ان اعتبر الضم اعم من ضم الجسم الى الجسم والقول الى القول او الوطي فقط فيكون مجازا في العقد لانه اذا دار بين المجاز والاشتراك اللفظي كان المجاز اولى بالم يثبت صريحا خلافه ولم يثبت نقل ذلك بل قالوا نقل المبرد عن البصريين وغلام ثعلب الشيخ ابو عمر الزاهد عن الكوفيين انه الجمع والضم ثم المتبادر من لفظ الضم تعلقه بالاجسام لا الاقوال لانها اعراض يتلاشى الاول منها قبل وجود الثاني فلا يصادف الثاني ما ينضم اليه فوجب كونه مجازا في العقد ثم افراد الضم تختلف بالشدة فيكون لفظ النكاح من قبيل المشكك الامر الثاني مفهومه اصطلاحا وهو عقد وضع لتملك المتعة بالانثى قصدا والقيد الاخير لاخراج شراء الامة للتسري والمراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له الا ورد عليه ان المقصود من الشراء قد لا يكون الا المتعة واعلم ان من الشارحين من يعبر عن هذا بتفسيره شرعا ويجب ان يراد عرف اهل الشرع وهو المعنى الاصطلاحي الذي عبرنا به لا ان الشارع نقله فانه لم يثبت وانما تكلم به الشارع على وفق اللغة ولذا حيث ورد في الكتاب والسنة مجردا عن القرائن يحمله على الوطي كما في ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم حتى اثبتوا بها حرمة من زنى بها ابو على الابن وقول قاضي خان انه في اللغة والشرع حقيقة في الوطي مجاز في العقد وقول صاحب المجتبى هو في عرف الفقهاء العقد يوافق ما بيناه والمراد بالعقد مطلقا كان نكاحا او غيره مجموع ايجاب احد المتكلمين مع قبول الآخر سواء كان باللفظين المشهورين من زوجت وتزوجت وغيرهما مما سنذكره او كلام الواحد القائم مقامهما اعني المتولي الطرفين وقول الوشكي انه معنى يحل المحل فيغير به حال المحل اي زوجت وتزوجت آلة انعقاده اطلاق له على حكمه فان المعنى الذي تغير به حال المحل من الحل والحرمة هو حكم العقد وقد صرح باخراج اللفظين عن مسماه وهو اصطلاح آخر غير مشهور الامر الثالث سببه شرعية تعلق البقاء المقدر في العلم

ان شاء الله وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة وقال

الاسلى على الوجه الاكمل والا فيمكن ابقاء النوع بالوطى على غير الوجه المشروع لكنه مستلزم للتظالم والسفك وضياع الانساب بخلافه على الوجه المشروع الامر الرابع
شرطه الخاص به سماع اثنين بوصف خاص يذكر واما المحلية فمن الشروط العامة وتختلف بحسب الاشياء والاحكام كمحلية المبيع للبيع والانثى
للنكاح الامر الخامس شرطه الذى لا يخصه الاهلية بالعقل والبلوغ وينبغى ان يراد فى الولى لا فى الزوج والزوجة ولا فى متولى العقد فان تزويج الصغير والصغيرة
جائز وتوكيل الصبى الذى يعقل العقد ويقصده جائز عندنا فى البيع فصحته هنا اولى لانه محض سفير واما الحرية فشرط النفاذ بلا اذن احد الامر السادس
ركنه هو الجنس المقيد فى التعريف الامر السابع حكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الحد المأذون فيه شرعا فخرج الوطى فى الدبر وحرمة المصاهرة وملك كل
منهما على الآخر بعض الاشياء مما سيرد فى اثناء الكتاب الامر الثامن صفته فاما فى حال التوقان فقال بعضهم هو واجب بالاجماع لانه يغلب على الظن انه
يخاف الوقوع فى الحرام وفى النهاية ان كان له خوف وقوع الزنا بحيث لا يتمكن من التحرز الا به كان فرضا انتهى ويمكن الحمل على اختلاف المراد فانه قيد الخوف
الواقع سببا للافتراض بكونه بحيث لا يتمكن من التحرز الا به ولم يقيد به فى العبارة الاولى وليس الخوف مطلقا يستلزم بلوغه الى عدم التمكن فليكن عند ذلك
البالغ فرضا والا فواجب هذا ان لم يعارضه خوف الجور فان عارضه كره قيل لان النكاح انما شرع لتحصين النفس وتحصيل الثواب بالولد الذى يعبد الله
تعالى والذى يخاف الجور يأثم ويرتكب المحرمات فتنعدم المصالح لرجحان هذه المفاسد وقضيته الحرمة الا ان النصوص لا تفصل فقلنا بالتشبيه
انتهى وينبغى تفصيل خوف الجور كتفصيل خوف الزنا فان بلغ مبلغ ما افترض فيه النكاح حرم والا كره كراهة تحريم والله اعلم وفى البدائع قيد الافتراض
فى التوقان بملك المهر والنفقة فان من تاقت نفسه بحيث لا يمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة ولم يتزوج يأثم وصرح قبله بالافتراض فى
حالة التوقان واما فى حالة الاعتدال فداود واتباعه من اهل الظاهر على انه فرض عين على القادر على الوطى والانفاق تمسكا بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم
من النساء وقوله صلى الله عليه وسلم لعكاف بن خالد الك امرأة قال لا قال تزوج فانك من اخوان الشياطين وقوله صلى الله عليه وسلم تناكحوا تناسلوا
فانى مكاثر بكم الامم واختلف مشايخنا فقيل فرض كفاية للدليل الاول والآخر وتعليق الحكم بالعام لا ينفى كونه على الكفاية لان الوجوب فى الكفاية على
الكل والمعرف لكونه يسقط بفعل البعض معرفة سبب شرعيته فان كان بحيث يحصل بفعل البعض كان على الكفاية وقد عقلنا ان المقصود من الايجاب
تكثير المسلمين بالطريق الشرعى وعدم انقطاعهم ولذا صرح بالعلة حيث قال صلى الله عليه وسلم تزوجوا الودود الولود فانى مكاثر بكم الامم رواه ابو داود
وهذا يحصل بفعل البعض واما حديث عكاف فايجاب على معين فيجوز كون سبب الوجوب تحقق فى حقه وقيل واجب على الكفاية لما ان الثابت
بخبر الواحد الظن والآية لم تسق الا لبيان العدد المحلل على ما عرف فى الاصول وقيل مستحب وقيل سنة مؤكدة وهو الاصح وهو محمل قول من اطلق الاستحباب
وكثيرا ما يتساهل فى اطلاق المستحب على السنة ونقل عن الشافعى رح انه مباح وان التجرد للعبادة افضل منه وحقيقته افضل ينبغى كونه مباحا والافضل
فى المباح والمقارنة اقترن بنية كان ذا فضل والتجرد عنده افضل لقوله تعالى وسيدا وحصورا مدح يحيى عليه السلام بعدم اتيان النساء مع القدرة
عليه لان هذا معنى الحصور وحج فاذا استدل عليه بمثل قوله صلى الله عليه وسلم من اراد ان يلقى الله طاهرا مطهرا فليتزوج الحرائر رواه ابن ماجه وبقوله
صلى الله عليه وسلم اربع من سنن المرسلين الحياء والتعطر والسواك والنكاح رواه الترمذى وقال حديث حسن غريب وبقوله صلى الله عليه وسلم اربع من اعطيهن
فقد اعطى خير الدنيا والآخرة قلبا شاكرا ولسانا ذاكرا وبدنا على البلاء صابرا وزوجة لا تبغيه حوبا فى نفسها وماله رواه الطبرانى فى الكبير والاوسط واسناد احدهما جيد
ان يقول ذلك يجاب لا اكثر الفضيلة مع حسن النية وانما قول التخلى للعبادة افضل فالاولى فى جوابه التمسك بحاله صلى الله عليه وسلم فى نفسه ورده على من اراد

الشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة

من ايثار التخلي للعبادة فانه صريح في عين المتنازع فيه وهو ما في الصحيحين ان نفرا من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم سألوا ازواجه عن عمله في السر فقال بعضهم لا اتزوج النساء وقال بعضهم لا آكل اللحم وقال بعضهم لا انام على فراش فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله واثنى عليه وقال ما بال اقوام قالوا كذا لكني اصلي وانام واصوم وافطر واتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني فرد هذا الحال ردا مؤكدا حتى تبرأ منه وبالجملة فلا افضلية في الاتباع لا فيما يخيل للنفس انه افضل نظرا الى ظاهر عبادة وتوجه ولم يكن الله عز وجل يرضى لاشرف انبيائه الا باشرف الاحوال كان حاله الى الوفاة النكاح فيستحيل ان يقرره على ترك الافضل مدة حياته وحال يحيى بن زكريا عليه السلام كان افضل في تلك الشريعة وقد نسخت الرهبانية في ملتنا ولو تعارضا قدم التمسك بحال النبي صلى الله عليه وسلم وعن ابن عباس رضي الله عنهما تزوجوا فان خير هذه الامة اكثرها نساء مع ما لا يشتمل عليه النكاح من تهذيب الاخلاق وتوسعة الباطن بالتحمل في معاشرة ابناء النوع وتربية الولد والقيام بمصالح المسلم العاجز عن القيام بها والنفقة على الاقارب والمستضعفين واعفاف الحرم ونفسه ودفع الفتنة عنه وعنهن ودفع التقتير عنهن بحبسهن لكفايتهن مؤنة سبب الخروج ثم الاشتغال بتاديب نفسه وتاهيله للعبودية ولتكون هي سببا ايضا لتاهيل غيرها وامرها بالصلوة فان هذه الفرائض كثيرة فلم يكد يقف على الجزم بانه افضل من التخلي بخلاف ما اذا عارضه خوف الجور اذ الكلام ليس الا في الاعتدال مع اداء الفرائض والسنة وذكرنا انه لم يقترن به نية كان مباحا عنده لان المقصود منه ذيح مجرد قضاء الشهوة ومبنى العبادة على خلافه واقول بل فيه فضل من جهة انه كان متمكنا من قضائها بغير الطريق المشروع فالعدول اليه مع ما يعلمه منها انه يستلزم الثواب لا فيه قصد ترك المعصية وعليه يثاب وحد العون من الله تعالى لاستحسان حالته قال صلى الله عليه وسلم ثلثة حق على الله عونهم المجاهد في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الاداء والناكح الذي يريد العفاف صححه الترمذي والحاكم اما اذا لم يتزوج المرأة الا لعزها او مالها او حسبها فهو ممنوع شرعا قال صلى الله عليه وسلم من تزوج امرأة لعزها لم يزده الله الا ذلا ومن تزوجها لمالها لم يزده الله الا فقرا ومن تزوجها لحسبها لم يزده الله الا دناءة ومن تزوج امرأة لم يرد بها الا ان يغض بصره ويحصن فرجه او يصل رحمه بارك الله له فيها وبارك لها فيه رواه الطبراني في الاوسط وقال صلى الله عليه وسلم لا تزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن ان يرديهن ولا تزوجوهن لاموالهن فعسى اموالهن ان يطغيهن ولكن تزوجوهن على الدين ولامة خرماء سوداء ذات دين افضل رواه ابن ماجة من طريق عبد الرحمن بن انعم وعن معقل بن يسار رضي الله عنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني اصبت امرأة ذات حسب ومنصب ومال الا انها لا تلد افتزوجها فنهاه ثم اتاه الثانية فقال له مثل ذلك ثم اتاه الثالثة فقال تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم رواه ابو داود والنسائي والحاكم وصححه ويستحب مباشرة عقد النكاح في المسجد لانه عبادة وكونه في يوم الجمعة واختلفوا في كراهة الزفاف والمختار لا يكره اذا لم يشتمل على مفسدة دينية وفي الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف وفي البخاري عنها قالت زففنا امرأة الى رجل من الانصار فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا عائشة اما يكون معكم لهو فان الانصار يعجبهم اللهو وروى الترمذي والنسائي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت وقال الفقهاء المراد بالدف ما لا جلاجل له والله سبحانه وتعالى اعلم قوله

النكاح ينعقد بالايجاب والقبول قدمنا ان النكاح في عرف الفقهاء العقد وهذا بيان لان هذا العقد بما يثبت انعقاده حتى يتم عقدا مستتبعا للاحكام فقد تطلقنا في قوله النكاح ينعقد بمعنى العقد اي ذلك العقد الخاص ينعقد حتى يتم حقيقته في الوجود بالايجاب والقبول والانعقاد هو ارتباط احد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا ويستعقب الاحكام وذلك بوقوع الثاني جوابا معتبرا محققا لغرض الكلام السابق ويسمع كل من العاقدين كلام صاحبه والكلامان هما الايجاب والقبول فما قيل في تعريف الايجاب انه اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع اولا من احد العاقدين على ذلك العقد مع انه صادق على القبول خلاف الواقع من العرف المشهور

فيه ولا مجاز اعنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج

بل الايجاب هو نفس الصيغة الصالحة لتلك الافادة بقيد كونها اولا والقبول هي بقيد وقوعها ثانيا من اي جانب كان كل منهما فما ذكر في الدراية وغيرها من
قوله لو قدم القبول على الايجاب بان قال تزوجت بنتك فقال زوجتكها ينعقد به صحيح في الحكم ممنوع كونه من تقديم القبول بل لا يتصور تقديمه لان ما تقدم
هو الايجاب كما صرح به في النهاية هنا وصرح الكل به في البيع وكان الحامل على جعل الاصدار وصل قوله بلفظين بقوله الايجاب والقبول فافاد انهما يكونان
خلافه والحق ما علمتك ووصلها ابدال وبيان يدفع به ما قد يتوهم من ان العرف معنى الايجاب والقبول في العرف فيعم المقيد فابدل منه لتخرج الكتابة
فلو كتبنا الايجاب والقبول لا ينعقد والمراد باللفظين ما هو اعم من الحقيقة والحكم فانه سيذكر ما يتولى الطرفين فيما يختص من الحقيقة وليس هذا بحد بل اخبار
منسوق بعضها على بعض لافادة ما يتم به العقد فقال ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي وينعقد بلفظين احدهما مستقبل لانه كما يتولى الواحد طرفي النكاح
فينعقد بكلامه وحده كما ينعقد بكلام اثنين ولا اشكال في شيء من هذا وعرف من تعريف الايجاب والقبول بانهما اللفظان الصالحان لافادة ذلك
العقد عدم الاختصاص بالعربية وعدم لزوم ذكر المفعولين او احدهما بعد دلالة المقام والمقدمات لان الحذف لدليل جائز في كل لسان وعدم لزوم
لفظ النكاح والتزويج فمن هذا قلنا اذا قالت زوجتك نفسي فقالت قبلت او قال تزوجتك فقالت قبلت جاز ولا مفعول حتى لو كان القابل سفيرا
ولا مفعول فلم يضفه الى الموكل نفذ عليه وفي التجنيس رجل خطب لابنه الصغير امرأة فلما اجتمعا للعقد قال ابو المرأة لاب الزوج داده ام بزني اين دختر را بهزار درم
فقال اب الزوج پذيرفتم يجوز النكاح على الاب وان جرى بينهما مقدمات النكاح للابن هو المختار لان الاب اضافه الى نفسه وهذا مما يجب ان يحتاط فيه بخلاف
ما لو قال اب الصغيرة زوجت بنتي من ابنك فقال اب الابن قبلت ولم يقل لابني يجوز النكاح للابن لاضافة المزوج النكاح الى الابن وبيقين قول
القابل قبلت جواب له والجواب يتقيد بالاول فصار كما لو قال قبلت لابني ونظير الاول في البيع لو قال لآخر بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع بعت هذا بالف
ولم يقل منك فقال الآخر اشتريت صح ولزم وكذا لو قالت المرأة بالفارسية خويشتن خريدم بعده وكابين فقال الزوج فروختم صح وان لم يقل منك **قوله**
يعبر بهما عن الماضي مثل انكحتك وزوجتك فيقول قبلت او فعلت او رضيت وفي الانعقاد بصرت او صرت لك خلاف وظاهر الخلاصة اختياره [illegible]
القبول ولو قال عرستك نفسي فقبل انعقد ثم بين ان الانعقاد به باعتبار انه جعل انشاء شرعا فصار موضوعا لمعناه فيثبت المعنى عقيبه والمراد بقوله جعلت
للانشاء شرعا تقرير الشرع ما كان في اللغة وذلك لان العقد قد كان ينشأ بها قبل الشرع فقرره الشرع وانما اختيرت للانشاء لانها ادل على الوجود والتحقق
حيث افادت دخول المعنى في الوجود قبل الاخبار فافيد بها ما يلزم تحققه بوجود اللفظ ثم لما علمنا ان الماخذ من جهة الشرع في ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه
جانب الرضى كما نص عليه في قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم عدينا ثبوت الانعقاد ولزوم حكم العقد الى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساو
للطرف الآخر فقلنا لو قال بالمضارع ذي الهمزة اتزوجك فقال زوجت نفسي انعقد وفي المبدوء بالتاء تزوجني بنتك فقال فعلت عند عدم قصد الاستيعاد
لانه يتحقق فيه هذا الاحتمال بخلاف الاول لانه لا يستخبر نفسه عن الوعد واذا كان كذلك والنكاح لا تجري فيه المساومة كان للتحقيق في الحال فانعقد به لا باعتبار
وضعه للانشاء بل باعتبار استعماله في غرض تحقيقه واستفادة الرضا منه حتى قلنا لو صرح بالاستفهام اعتبر فهم الحال في شرح الطحاوي لو قال هل اعطيتنيها فقال
اعطيت ان كان المجلس للوعد فوعد وان كان للعقد فنكاح فيحمل قول السرخسي بالفارسية ميدهي ليس بشيء على ما اذا لم يكن قصد التحقيق ظاهرا ولو قال باسم
الفاعل كذلك عن ابي حنيفة اذا قال جئتك خاطبا ابنتك ولتزوجني ابنتك فقال الاب زوجتك فالنكاح لازم وليس للخاطب ان لا يقبل لعدم جريان المساومة
فيه كما قلنا والانعقاد بقوله انا متزوجك ينبغي ان يكون كالمضارع المبدوء بالهمزة سواء قلنا ينعقد بلفظين وضع احدهما للمستقبل يعني الامر فلو قال زوجني بنتك

بين المالك والمملوك اصلا ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة

فقال زوجتك انعقد ومنه كوني امرأتي ينعقد اذا قبلت وفي النوازل زوجي نفسك مني فقالت بالسمع والطاعة صح النكاح غير ان المصنف جعل الصورة باعتبار انه توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح فيكون تمام العقد على هذا قائما بالمجيب وصرح غيره بانها نفسها ايجاب فيكون قائما بهما في فتاوى قاضيخان قال ولفظ الامر في النكاح ايجاب وكذا في الطلاق اذا قالت طلقني على الف فطلق كان تاما وكذا في الخلع وكذا لو قال لغيره اكفل لي بنفس فلان هذا او بما عليه فقال كفلت تمت الكفالة وكذا لو قال هب لي عبدك هذا فقال وهبت في مسائل اخر ذكرها وهذا احسن لان الايجاب ليس الا اللفظ المفيد قصد تحقيق المعنى اولا وهو صادق على لفظة الامر فليكن ايجابا ويستغني عما اورد على تقرير الكتاب من انه لو كان توكيلا لما اقتصر على المجلس مع جوابه بانه في ضمن الامر بالفعل فيكون قبوله بتحصيل الفعل في المجلس والظاهر انه لا بد من اعتباره توكيلا والا فلا يطلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لا يتم بقوله بعنيه بكذا فيقول بعت بلا جواب وجوابه ما ذكره المصنف في البيع بانه توكيل والواحد يتولى طرفي العقد في النكاح فيصح دون البيع فيتم العقد قائما بالمجيب فلا يصح قوله ينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن المستقبل ولذا قيل المثال الصحيح اتزوجك بالف فيقول قبلت على ارادة الحال وعرف من هذا ان شرط القبول في النكاح المجلس كالبيع لا الفور خلافا للشافعي وقد يوهم ما ذكر في المنية قال زوجتك نفسك فسكت الخاطب فقال الصهر مع المهر قال نعم فهو قبول وقيل لا لان فيه خلافا وان كان المختار الصحة وقد يكون منشاؤه من جهة انه كان متصفا بكونه خاطبا فحيث سكت ولم يجب على الفور كان ظاهرا في رجوعه فيحكم به ولا يفيد قوله نعم بعده لا لتغيره بمفرده لان الفور شرط مطلقا والله سبحانه اعلم وصورة اختلاف المجلس ان يوجب احدهما فيقوم الآخر قبل القبول او اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد لان الانعقاد هو ارتباط احد الكلامين بالآخر وباختلاف المجلس يتفرقان حقيقة وحكما فلو عقدا وهما يمشيان او يسيران على الدابة لا يجوز وان كانا في سفينة سائرة جاز وستعرف الفرق في البيع ان شاء الله تعالى (فروع) تزوج باسمها الذي تعرف به حتى لو كان لها اسمان اسم في صغرها وآخر في كبرها تزوج بالاخير لانها صارت معروفة به ولو كانت له بنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك بنتي فاطمة وهو يريد عائشة فقبل انعقد على فاطمة ولو قال بنتي فاطمة الكبرى قالوا يجب ان لا ينعقد على احدهما ولو قال زوجت بنتي فلانة من ابنك فقبل وليس لهما الا ابن واحد وبنت صح وان كان لهما بنتان وابنان لا الا ان يسميا البنت والابن ولو زوج غائبة وكيل فان كان الشهود يعرفونها فذكر مجرد اسمها جاز وان لم يعرفوها فلا بد من ذكر اسمها واسم ابيها وجدها اما لو كانت حاضرة متنقبة فقال تزوجت هذه وقبلت جاز لانها صارت معروفة بالاشارة اما الغائبة فلا تعرف الا بالاسم والنسب وقيل يشترط في الحاضرة كشف النقاب وستذكر وجه عدمه في الوكالة بالنكاح ان شاء الله تعالى وكذا الحال في تسمية الزوج الغائب وفي التجنيس له ابنة اسمها فاطمة فقال وقت العقد زوجتك بنتي فاطمة ولم تقع الاشارة الى شخصها لا يصح فانه اذا لم يشر اليها يقع العقد على المسمى ليس له ابنة بذلك الاسم وفي النوازل قال ابو بكر خنثى مشكل زوج من خنثى مشكل برضى الولي فلما كبرا اذا الزوج امرأة والمرأة رجل جاز نكاحهما عندي لان قوله زوجتك يستوي من الجانبين وفي صغيرين قال اب احدهما زوجت بنتي هذه من ابنك هذا وقبل ثم ظهرت الجارية غلاما والغلام جارية جاز كذلك الفقيه فقال الكتابي لا يجوز وفي المنتقى زوجت وتزوجت يصلح من الجانبين وفي التجنيس رجل قال لامرأة بحضرة الشهود راجعتك فقالت المرأة رضيت يكون نكاحا فانه نص في الجامع الكبير لو قال للمطلقة طلاقا بائنا او ثلاثا ان راجعتك فعبدي حر ينصرف الرجعة الى النكاح لان الرجعة قد يراد بها الرجعة وقد يراد بها النكاح فينظر الى المحل والمحل هنا لا يقبل الرجعة المعروفة فانصرفت الى النكاح وسيأتي الكلام في الرجعة بلفظ النكاح في كتاب الطلاق ان شاء الله تعالى

في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية

ثم قال وذكر في الاجناس لو طلق امرأة بائنا ثم قال راجعتك على كذا وكذا فرضيت المرأة بذلك بحضرة الشهود فان هذا النكاح جائز وان لم يذكر مالا فليس بنكاح الا ان يجتمعا اراده وبذلك فكان نكاحا فيتبين بهذا ان ما ذكر في الكتاب محمول على ما اذا ذكر المال واقر ان الزوج اراد به النكاح انتهى وذكر في فتاوى قاضي خان عن بعضهم تفصيلا بين المبانة والاجنبية ففي المبانة يكون نكاحا وفي الاجنبية لا وسكت عليه وهو الاحسن فان التجوز بلفظه اكثر في نكاح المطلقة لا يستلزم صحته في غيرها رجل وامراة اقرا بالنكاح بحضرة الشهود فقال هي امراتي وانا زوجها وقالت هذا زوجي وانا امراته وقال الآخر نعم لا ينعقد النكاح بينهما لان الاقرار اظهار لما هو ثابت فهو فرع سبق الثبوت ولهذا لو اقر الانسان بمال لغيره كاذبا لا يصير ملكا له وكذا لو قالا اجزناه او رضيناه بحضرة الشهود لا ينعقد بخلاف جعلناه ولو قال الشهود جعلتما هذا نكاحا وقالا نعم انعقد لانه ينعقد بلفظ الجعل حتى لو قالت جعلت نفسي زوجة لك فقبل ثم قال اعطيتك الفاعل ان يكون لي امراتي فقبلت ثم قال زوجتك فلانة بكذا فقال ادفعها واذهب بها حيث شئت لا ينعقد في التنجيز لانه كالمضاف الى ما بعد الدفع ولا ينعقد المضاف لو قال زوجتكها غدا فقبل لا يصح فعدم صحة المعلق اولى في فتاوى قاضيخان قال الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل يكون ذلك نكاحا ولم يذكر خلافا قوله ويجوز النكاح المعلق اذا كان على امر مضى لانه معلوم للحال وعليه فرع ما لو قال خطبت بنتك لابني فلان فقال زوجتها من فلان قبل هذا فلم يصدقه الخاطب فقال ان لم اكن زوجتها من فلان فقد زوجتها من ابنك فقبل ابو الابن بحضرة الشهود ولم يكن زوجها من احد صح النكاح لان التعليق كائن للحال تحقيقا وتجيز اذا اضاف النكاح الى نصفها فيه روايتان والصحيح عدم الصحة كذا في فتاوى قاضيخان وذكر في المبسوط في موضع جوازه كالطلاق قوله وينعقد الخ حاصل الالفاظ المذكورة هنا اربعة اقسام قسم لا خلاف في الانعقاد به في المذهب بل الخلاف في خارج المذهب وقسم فيه خلاف في المذهب والصحيح الانعقاد وقسم فيه خلاف والصحيح عدمه وقسم لا خلاف في عدم الانعقاد به والاوجه ان ترتب على هذا الترتيب ليلي كل قسم ما هو اقرب اليه وهكذا فعل المصنف الا في لفظ الوصية القسم الاول ما سوى لفظي النكاح والتزويج من لفظ الهبة والصدقة والتمليك والجعل نحو جعلت بنتي لك بالف خلافا للشافعي وجوازه عندنا بطريق المجاز فان المجاز كما يجري في الالفاظ اللغوية يجري في الالفاظ الشرعية وانما الكلام في تحقيق طريقه هنا فنفاه الشافعي رحمه الله بناء على انتفاء ما يجوز التجوز اما اجمالا فلانه وجب ان يصح ان يتجوز بلفظ كل منهما عن الآخر فكان يقال انكحتك هذا الثوب مرادا به ملكتك كما يقال ملكتك نفسي مرادا به انكحتك ليس فليس واما تفصيلا فلان التزويج هو التلفيق وضعا والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك ولذا يفسد النكاح عند ورود ملك احد الزوجين على الآخر ولو كان لم ينافيه لاكده وان صح هذا الوجه عنه كان تصريحا بانه لغة على خلاف ما تقدم نقله عنه من انه العقد الا ان يعني فيما تقدم انه في لسان الشرع بناء على النقل ولنا ان التمليك اي معناه الحقيقي سبب الملك المتعة في محلها بواسطة كونه سبب ملك الرقبة وملك المتعة في محلها هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز واما عدم جواز استعارة النكاح للتمليك فليس لعدم المشترك بل لما فرع منه في الاصول من انه لا يجوز استعارة اسم المسبب للسبب عندنا الا اذا كان المقصود من شرعية السبب المسبب كالبيع للملك الرقبة وليس ملك المتعة الذي هو موجب النكاح هو المقصود من التمليك بل ملك الرقبة والجواب عن الثاني منع انه لا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك قوله والا لما فسد النكاح الخ قلنا فساده للزوم المنافاة بين كون احدهما مالكا لكل الآخر وكون ذلك الآخر مالكا بحكم الزوجية لبعض ما يملكه عليه ذلك بحكم ملك الرقبة على ما نبين ان شاء الله تعالى في فصل المحرمات لا لعدم الضم والازدواج والشافعي رحمه الله ايضا لما خص النكاح باشتراط الشهادة اظهارا لخطره خص باللفظين النكاح والتزويج لدليل ولم يرد نص بغيرهما شرعا والجواب منعها بل قد ورد بلفظ الهبة فلم يختص قال الله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي

طريق المجاز وينعقد بلفظة البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز

على المحلات في قوله تعالى إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك فالأصل عدم الخصوصية حتى يقوم دليلها وقوله تعالى
خالصة لك يرجع إلى عدم المهر بقرينة تعقيبه بالتعليل بنفي الحرج فإن الحرج ليس في ترك لفظ إلى غيره خصوصا بالنسبة إلى أفصح العرب بل في لزوم المال وبقرينة
وقوعه مقابلا للمؤتى أجورهن فصار الحاصل أحللنا لك الأزواج المؤتى مهورهن واللتي وهبت نفسها لك ثم لا تأخذ مهرها خالصة هذه الخصلة لك من دون المؤمنين أما هم فقد علمنا
ما فرضنا عليهم في أزواجهم من المهر وغيره وابتدأ صدر الشريعة بجواز كونه متعلقا بأحللنا قيدا في إحلال زوجية له لإفادة عدم حلهن لغيره صلى الله عليه وسلم ولو
أيضا إن الشهادة شرط في النكاح والكناية فيها لا بد من النية ولا اطلاع للشهود قال في شرح الكنز قلنا ليست شرطا مع ذكر المهر وذكر السرخسي نهاية نظر مطلقا
لعدم اللبس كقولهم للشجاع أسد كما إذا حلف لا يأكل من هذه النخلة ينصرف إلى المجاز من غير نية ولأن كلامنا فيما إذا صرحا به ولم يبق احتمال المعنى ويشكل بأن الحكم بالمجاز
ليس من أمرين أحدهما قرينة تدل على إرادة غير ذلك المعنى المجازي ولذا لو طلب من امرأة فقالت وهبت نفسي منك وقيل لا ينعقد والآخر وجود قرينة
تنفي المجازي ولذا قال أبو الليث وهبت بنتي منك لتخدمك وقيل لا ينعقد بهذا في الحكم بما في جواز التجوز فقط فالشرط مع الأول الإرادة لا قرينتها وذلك لأن اعتبار
ثبوت معنى بعينه عند استعمال لفظ معين ليس لذات ذلك اللفظ إذ نسبته إليه كنسبته إلى غيره فالمخصص لمعنى معين دون غيره ليس إلا علاقة وضعه له
لمراده ما بينه وبين ما وضع له معنى مشترك ثبت اعتباره عن الواضع في الاستعمال فيه والإرادة لازمة في الحالين غير أن الحكم من السامع بإرادة المتكلم المعنى
الحقيقي لا يفتقر إلى نصب قرينة تفيد إرادته بل يكفي عدم قرينة تصرف عنه وهذا ما يقال الكلام لحقيقته ما لم يقم الدليل على مجازه بخلاف حكمه بإرادة ما لم يوضع له حيث
يفتقر إلى دليل إرادته فإن لم يكن فلا بد من علم الشهود بمراده بأن أعلمهم به ولذا قال في الدراية في تصوير الانعقاد بلفظ الإجارة عند من يجيزه أن يقول أجرت
بنتي ونوى به النكاح وعلم الشهود انتهى بخلاف ما إذا قال بعتك بنتي بحضرة الشهود فإن عدم قبول المحل للمعنى الحقيقي وهو الحرية للبيع يوجب الحمل على المجازي
هو القرينة فيكتفى بها الشهود حتى لو كان المعقود عليها أمة احتيج إلى قرينة زائدة في البدائع لو قال لرجل وهبت أمتي منك فإن كان الحال يدل على النكاح من
إحضار الشهود وتسمية المهر مؤجلا ومعجلا ينصرف إلى النكاح وإن لم يكن الحال تدل على النكاح فإن نوى صدقه الموهوب له فكذلك وإن لم ينو ينصرف إلى ملك الرقبة انتهى
والظاهر أنه إذا لم يدل الحال فلا بد مع النية من إعلام الشهود كما قدمناه لأنه لا بد من فهمهما المراد على المختار على ما سنذكره وقد رجع شمس الأئمة إلى التحقيق حيث قال
ولأن كلامنا فيما إذا صرحا به ولم يبق احتمال ولا يخفى عدم المناسبة بين ما علل به من عدم اللبس وحكمه وهو عدم اشتراطها وعدم اللبس إنما يصلح لتعليل دعوى فهم الشهود
فهمهما وأما الحالف لا يأكل من هذه النخلة فمحكوم عليه بإرادة المجازي نظرا إلى تعذر الحقيقي وكونه متكلما وأما الهازل فيريد المعنى للفظ غير مريد لحكمه فلا يلتفت لقصده عدم الحكم
نعم قد يقال في عقد الملجئ يتعين لفظ الحقيقة بناء على كون الإلجاء قرينة تصرف عن إرادة المعنى المجازي إذ غرضه ليس إلا التخلص وذلك بإجراء اللفظ فقط ومراده حقيقته للتخلص هي
متعذرة إذ لا تصح هبة الحرة وبيعها والذي أقيم مقام المعنى في قوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة هو الحقيقة دون المجاز والله أعلم وأورد كيف
ينعقد بالهبة وبها يقع الفرقة إذا نوى به الطلاق وهو سؤال ساقط أما أولا فهو مشترك الإلزام إذ يلزم مثله في التزويج فإنه يقع به إذا نوى بقوله تزوجي والحل الهبة
فيها علاقة السببية للملك فيجوز بها عن إثباته إذا أضاف الملك المتجوز عنه بالهبة إليها نفسها بقوله وهبت نفسك لك صح طلاقا وإن أضافه إلى الرجل صح نكاحا
فظهر أن اختلاف الموجب في هذا اللفظ الواحد ليس إلا لاختلاف الإضافة بل بنفس توجيه السؤال يظهر صحة استعارتها للملك لعابر لملك الرقبة إذ لم يدع الطلاق
إلا باعتبار استعارتها **القسم الثاني** ما اختلفوا في الانعقاد به والصحيح الصحة وهو وهبت نفسي منك بكذا وبنتي أو اشتريتك بكذا فقالت نعم ينعقد قوله
هو الصحيح احتراز عن قول أبي بكر الأعمش وقوله لوجود طريق المجاز تعليل للصحيح ووجهه ما قدمناه في تقرير التمليك واختلف في الانعقاد بلفظ السلام فقيل

ولا ينعقد بلفظة الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة ولا بلفظة الاباحة

لان السلم في الحيوان لا يجوز وقيل ينعقد لانه يثبت به ملك الرقبة والمنقول عن ابي حنيفة رحمه الله ان كل لفظ تملك به الرقاب ينعقد به النكاح والسلم في الحيوان
ينعقد لو اتصل به القبض مفيدا للملك فاسدا لكن ليس كما يفسد المعنى الحقيقي للفظ يفسد مجازه لعدم لزوم اشتراك المفسد فيهما وفي لفظ الصرف في
شرح الكنز فيه روايتان وفي البدائع قيل لا ينعقد لانه وضع لاثبات ملك الدراهم والدنانير التي لا تتعين والمعقود عليه ههنا يتعين وقيل ينعقد لانه يثبت ملك
العين في الجملة وظاهره ان فيه قولان وكان منشأهما الروايتان واما القرض فقيل ينعقد به لثبوت ملك العين به وقيل لا لانه في معنى العارية قيل الاول قياس
قولهما والثاني قياس قول ابي يوسف بناء على ثبوت الملك في العين وعنده لا واما لفظ الصلح فذكر صاحب الاجناس انه لا ينعقد به وذكر شمس الائمة السرخسي
في كتاب الصلح انعقاد النكاح بلفظ الصلح والعطية جائز القسم الثالث لا ينعقد بالاجارة والاعارة في الصحيح احتراز عن قول الكرخي وجه الاول ان الثابت
بكل منهما ملك منفعة فوجد المشترك وجه الصحيح على ما ذكروا انها لا ينعقد الا موقتة والنكاح الشرط فيه نفيه فلا يستعار احدهما للآخر وقد يقال ان كان التضاد
بهما العرضيان اللذان لا يجتمعان في محل واحد لزم كم مشكل في البيع لانه لا يجامع النكاح مع جواز العقد به والتحقيق ان الموقتة ليس جزء
مفهوم لفظ الاجارة وقيل شرطا لاعتباره شرعا خارج عنه فهو مجرد تمليك المنافع بعوض غير انه وقع مجرد الاعتبار شرعا على مثال الصلوة هي القيام الخ ولوجود
الطهارة لا تعتبر ولا يقال ان الطهارة جزء مفهوم الصلوة ولذا عدل المصنف عن التوجيه بهذا الى نفي السببية التي هي العلاقة فان الاجارة ليست سببا لملك
المتعة حتى يتجوز بها عن النكاح ولهذا تبطل بالاجارة وهذا اذا جعلت المرأة مستأجرة اما اذا جعلت بدل الاجارة او راس مال السلم كان يقال استأجرت دارك
بنتي هذه او اسلمتها اليك في كر حنطة ينبغي ان لا يختلف في جوازه فانه اضاف اليها بلفظ يملك به الرقاب قال المصنف والوصية لانها توجب الملك
مضافا الى ما بعد الموت وعن الطحاوي ينعقد لانه يثبت به الرقبة في الجملة وعن الكرخي روان قيد الوصية بالحال بان قال اوصيت لك بنتي هذه الان
ينعقد لانه به صار مجازا عن التمليك انتهى وينبغي ان لا يختلف في صحته ح فالحاصل انه اذا قيد بالحال يصح او بما بعد الموت بان قال اوصيت لك
بابنتي بعد موتي لم يكن نكاحا او قال وصيت لك بها ولم يزد فقيل لا يكون نكاحا وعن الطحاوي ينعقد ثم كون الاضافة الى ما بعد الموت مبيانا للواقع
فيما نحن فيه وهو التنجيز والاضافة تستقل لعدم الصحة لو قال ومثلها فعلم يصح وحاصل لو ان الاضافة ماخوذ من مفهوم الوصية وضدها في النكاح
فتضادا ولا تجوز بلفظ احد الضدين عن الآخر بخلاف الهبة ليست جزء مفهوم لفظ الاضافة الى ما بعد القبض بل هي تمليك العين بلا بدل ثم يتاخر
فيما اذا كان الموهوب في يد الموهوب له الضعف سببيتها بسبب عدم العوض ولذا لو كان في يد الموهوب له تم الملك بنفس اللفظ القسم الرابع لا ينعقد
بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة والرهن والتمتع لعدم تمليك المنفعة في كل منها فانتفى الجامع وهو المشار اليه بقوله لما قلنا ولا ينعقد بلفظ
الاقالة والخلع لانها فسخ عقد سابق فروع الاول كل لفظ لا ينعقد به النكاح ينعقد به الشبهة فيسقط به الحد ويجب لها الاقل من المسمى ومن
مهر المثل ان دخل بها الثاني لو لقنت المرأة زوجت نفسي بالعربية ولا تعلم معناه وقبل والشهود يعلمون ذلك او لا يعلمون صح كالطلاق وقيل
لا كالبيع كذا في الخلاصة ومثله في جانب الرجل اذا لقنه ولا يعلم معناه وهذه في جملة مسائل الطلاق والعتاق والتدبير والنكاح والخلع فالثلاثة الاول
في الحكم ذكره في عتاق الاصل في باب التدبير واذا عرف الجواب فيها قال قاضيخان ينبغي ان يكون النكاح كذلك لان العلم بمضمون اللفظ انما يعتبر لاجل
القصد فلا يشترط فيما يستوي فيه الجد والهزل بخلاف البيع ونحوه واما في الخلع اذا لقنت اختلعت نفسي منك بمهري ونفقة عدتي بالعربية ولا تعلم معناه
بلفظ الخلع واختلفوا فيه قيل لا يصح وهو الصحيح قال القاضي ينبغي ان يقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا النفقة وكذا لو لقنت الابراء وكذا المديون

والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت

اى القن رب الدين بلفظ الابراء لا ابراء الثابت اذا سمى المهر مع الايجاب فقال تزوجتك بكذا فقالت قبلت النكاح ولا اقبل المهر قالوا لا يصح ولا يشكل بانه ليس من شرط صحة النكاح صحة التسمية او وجودها لانه ما اوجب النكاح الا بذلك القدر المسمى فلو صححناه اذا قبلت فى النكاح دون المهر للزمه مهر المثل وهو لم يرض بالنكاح به بل بما سمى فيلزمه ما لم يلزمه بخلاف ما اذا لم يسم من الاصل لان غرضه النكاح بمهر المثل حيث سكت عنه مع انه لازم فيلزمه ما التزمه ولو قال قبلت النكاح ولم يزد على ذلك صح النكاح بما سمى وقد يجاب عنه بما فى المنتقى عبد تزوج على رقبته بغير اذن المولى فبلغه فقال اجيز النكاح ولا اجيز على رقبته يجوز النكاح ولها الاقل من مهر المثل ومن قيمته يباع فيه بخلاف ما فى الجامع امة تزوجت بغير اذن المولى على مائة درهم فبلغه فقال اجزت النكاح على خمسين دينار او رضى به الزوج لان هذه مقرونة برضى الزوج فهى ملحقة بالاجازة والحق ما اعلمتك من كلام المشايخ فيجب التعويل عليه وان خالفه ما عن محمد الرابع ينعقد النكاح بالكتاب كما ينعقد بالخطاب وصورته ان يكتب اليها يخطبها فاذا بلغها الكتاب احضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسى منه او تقول ان فلانا كتب الى يخطبنى فاشهدوا انى زوجت نفسى منه اما لو لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسى من فلان لا ينعقد لان سماع الشطرين شرط صحة النكاح وباسماعهم الكتاب والتعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين بخلاف ما اذا انتفيا ومعنى الكتاب بالخطبة ان تكتب زوجينى نفسك فانى رغبت فيك ونحوه ولو جاء الزوج بالكتاب الى الشهود مختوما فقال هذا كتابى الى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز فى قول ابى حنيفة حتى يعلم الشهود ما فيه وهو قول ابى يوسف ثم رجع وجوزه من غير شرط اعلام الشهود بما فيه واصل الخلاف كتاب القاضى الى القاضى على ما سيأتى ان شاء الله تعالى قال فى المصفى هذا الخلاف اذا كان الكتاب بلفظ التزوج اما اذا كان بلفظ الامر كقوله زوجى نفسك منى لا يشترط اعلامها الشهود بما فى الكتاب لانها تتولى طرفى العقد بحكم الوكالة ونقله من الكامل قال وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا جحد الزوج الكتاب بعد ما اشهدهم عليه من غير قراءة عليهم ولا اعلامهم بما فيه وقد قرأ المكتوب اليه الكتاب قبل العقد بحضرتهم فشهدوا ان هذا كتابه ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل هذه الشهادة عندهما ولا يقضى بالنكاح وعنده يقبل ويقضى به اما الكتاب فصحيح بلا اشهاد وهذا الاشهاد لهذا وهو ان يتمكن المرأة من اثبات الكتاب عند جحود التزوج الكتاب كذا فى المبسوط شيخ الاسلام والكامل واجمعوا فى الصك ان الاشهاد لا يصح ما لم يعلم المكاتب ما فى الكتاب اعلم ان ما نقله من نفى الخلاف فى صورة الامر انما يتمشى على قول المصنف والمحققين اما على قول من جعل لفظ الامر ايجابا كقاضيخان فلا على ما نقلنا عنه فيجب اعتبار اعلامها اياهم ما فى الكتاب لانه ان لم يعلمهم الكتاب بما فى الكتاب يكون من صورة الخلاف على ما صدر به المسئلة الخامس ينعقد بالاشارة من الاخرس ان كانت له اشارة معلومة السادس ينعقد بقول الرسول عبارة المرسل الى الجانب مع سماع الشهود كلاميهما وسنفصله ان شاء الله تعالى فى فصل الوكالة بالنكاح السابع لا يبطل عقد النكاح بالشروط الفاسدة فلو قال تزوجتك على ان تطلقنى عن كل جانبه بالنكاح انعقد ووجب المهر مثلها عليه ولا شئ له من العبد الثامن لا يجوز تعليق النكاح بالخطر لو قال اذا جاء فلان فقد زوجتك بنتى فلا ينعقد فى جانبه ان لا يعقد كذا التعليق الرجعة اذ كل منهما الزام والذى يجوز تعليقه بالشرط ما هو اسقاط كالطلاق والعتاق والتزام كالنذر الا التعليق بالمشيئة اذا ابطل من له المشيئة فى المجلس على ما فى التجنيس فى هذه الفتاوى الصغرى وغيرهما اذا قال تزوجتك ان شئت وان شاء زيد فابطل صاحب المشيئة مشيئته فى المجلس فالنكاح جائز لان المشيئة اذا ابطلت فى المجلس صار نكاحا بغير مشيئة كما قالوا فى السلم اذا ابطل الخيار فى المجلس جاز السلم ثم قال لكن اذا بدأت المرأة اما اذا بدأ الزوج فقال تزوجتك ان شئت ثم قبلت المرأة من غير شرط صح النكاح ولا يحتاج الى ابطال المشيئة بعد ذلك لان القبول مشيئة انتهى وهذا ناظر الى انه ما من جانب المرأة هو القبول تقدم او تأخر وما من جانب الرجل ايجاب تقدم او تأخر وقد قدمنا تقريبا ان الحق ان الاول ايجاب من اى جهة كان والثانى قبول لذلك ولعدم جواز التعليق بالخطر يمتنع خيار الشرط فيه ويبطل كما لو قال تزوجتك على انى بالخيار فقبلت صح ولا خيار له بخلاف ما لو قال ان الحسنى بلا لحية بخلاف من غيب اليه

قال ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين في القذف قال رضـ اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح لقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك رحـ في اشتراط الاعلان دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحرية فيها لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي رحـ وستعرف في الشهادات ان شاء الله

زوجتها فلم يعتد قد الخاطب فقال ان لم اكن زوجتها من فلان فقد زوجتها ابنك فقبل بحضرة الشهود ثم ظهر انه لم يكن زوجها حيث ينعقد النكاح بينهما لان هذا التعليق بالموجود للحال فكان تحقيقا كذا اجاب بعض المشايخ وسنفصل الكلام في خيار الشرط والرؤية والعيب في باب المهر ان شاء الله تعالى التاسع قد وصل الايجاب بتسمية المهر كان من تمامه حتى لو قبل الآخر قبل ان يتم كامرأة قالت لرجل زوجت نفسي منك بمائة دينار فقبل ان تقول مائة دينار قبل الزوج لا ينعقد لان اول الكلام يتوقف على آخره اذا كان في آخره ما يغير اوله وهنا كذلك فان مجرد زوجت ينعقد بمهر المثل وذكر المسمى يغير ذلك الى تعيين المذكور فلا يعمل قبل الزوج قبله العاشر ينعقد النكاح من الهازل وتلزمه مواجبه لقوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة رواه الترمذي من حديث ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه ابو داود وجعل العتق بدل الرجعة ولذا ينعقد من المكره **قوله**

ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور احتراز عن غير المسلمين اذ سياتي ان انكحة الكفار بغير شهود صحيحة اذا كانوا يدينون ذلك وقوله بحضور لا يوجب السماع وهو قول جماعة منهم القاضي علي السغدي ونقل عن ابواب الامارة من السير الكبير انه يجوز وان لم يسمعا وعلى هذا جوازه بالاصمين والنائمين اشتراط السماع لانه المقصود من الحضور وسياتي تمامه اما اشتراط الشهادة فلقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود وقال المصنف وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الاشهاد وظاهره انه حجة عليه في الامرين اشتراط الاعلان وعدم اشتراط الاشهاد ولكن المقصود انه حجة في اصل المسئلة وهو اشتراط الاشهاد وانما اراد ذكر الاعلان تتميما لنقل مذهبه ونفي اشتراط الشهادة الناسخ قول ابن ابي ليلى وعثمان البتي وابي ثور واصحاب الظواهر وقيل تزوج ابن عمر بغير شهود وكذا فعل الحسن وهم محجوجون بقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود رواه الدارقطني وروى الترمذي عن ابن عباس عنه البغايا اللاتي ينكحن انفسهن بغير بينة ولم يرفعه عن عبد الاعلى في التفسير ووقفه في الطلاق لكن ابن حبان روى من حديث عائشة رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له وقال ابن حبان لا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا وشتان ما بين هذا وبين قول فخر الاسلام ان حديث الشهود مشهور يجوز تخصيص الكتاب به اعني قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الآية فيندفع به الايراد المعروف وهو لزوم الزيادة على الكتاب او تخصيصه بخبر الواحد وجواب آخر وهو انه خص منه المحرمات فجاز تخصيصه بخبر الواحد ثانيا ولو عدل الى ان النص واحل لكم ما وراء ذلكم فالجواب بان الامر المخصوص بالمشترك ونحوها واعلم ان مشايخنا رحمهم الله نصبوا الخلاف في موضعين في الشهادة على ما ذكرنا وفي الاعلان واستدلوا لمالك في اثباته بالمنقول من قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث عن عائشة رضي الله عنها عنه صلى الله عليه وسلم اعلنوا النكاح رواه الترمذي وقال حسن غريب وبالمعقول هو ان حرام هذا الفعل يكون سرا فيتحقق يكون جهرا ليتحقق التميز الذي يظهر ان هذا النصب في غير محل النزاع ليظهر ذلك من جوابهم عن تمام الاستدلال عنه وذلك ان كلمتهم قاطعة فيه على القول بموجب دليل الاعلان وادعاء العمل بها باشتراط الاشهاد اذ به يحصل الاعلان وكلام المبسوط حيث قال لان الشرط لما كان الاظهار يعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرعا وذلك بشهادة الشاهدين فانه مع شهادتهما لا يبقى سرا وقول الكرخي رد نكاح السر ما لم يحضره شهود فاذا حضروا فقد اعلن قال وسر ما كان عند امراة وستر الثلاثة غير الخفي صريح فيما ذكرنا فالتحقيق انه لا خلاف في اشتراط الاعلان وانما الخلاف بعد ذلك في ان الاعلان المشترط هل يحصل بالاشهاد حتى لا يضر بعده توصية الشهود بالكتمان اذ لا يضر بعد الاعلان التوصية بالكتمان او لا يحصل بمجرد الاستشهاد حتى يضر فقلنا نعم وقالوا لا ولو اعلن بدون الاشهاد لا يصح لتخلف شرط آخر وهو الاشهاد وعنده يصح فالحاصل ان شرط الاشهاد يحصل في ضمنه الشرط الآخر فكل اشهاد اعلان ولا ينعكس كما لو اعلنوا بحضرة صبيان او عبيد **قوله** لعدم الولاية

ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله له أن الشهادة من باب الكرامة والفاسق من أهل الإهانة ولنا أنه من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة وهذا لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه لا يحرم على غيره لأنه من جنسه ولأنه صلح مقلَّدا فيصلح مقلِّدا وكذا شاهدا والمحدود في القذف من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة تحملا وإنما الفائت ثمرة الأداء بالنهي لجريمته ولا يبالى بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين **قال** وإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز

يعني القاصرة وهي ولاية على نفسه إلا أنها دون نفاذ القول على الغير لأن ذلك يحتاج إليها إلا أن التعليل لعدم صحة شهادة الصبي والعبد والمجنون في باب النكاح وإن لم يكن من خصوص هذه الشهادة إلا أنها إذا لم يكن ولاية على نفسه فالشهادة فيها لم تكن شهادة وقد أجازت شهادة المحدود في القذف لولاية على والمدبر والمكاتب كالقن لا ينعقد بشهادتهم ولو حضر العبد والصبي العقد مع غيرهما ممن تصح شهادته ثم عتق العبد وبلغ الصبي واحتيج إلى الأداء بجحد النكاح فشهدا به دون من كان معهما ممن انعقد بحضوره جازت شهادتهما وإن لم يكن تحمل العقد كانت بحيث وحدها هذا ومذهب أحمد رحمه الله بجواز شهادة العبد مطلقا واستبعد لنفيها أنه لا كتاب ولا سنة ولا إجماع في نفيها وحكي عن أنس رضي الله عنه أنه قال ما علمت أحدا رد شهادة العبد والله تعالى يقبلها على الأمم يوم القيامة فكيف لا تقبل هنا وتقبل شهادته على النبي صلى الله عليه وسلم في رواية الأخبار والذي ذكر من المعنى وهو أن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية له ممنوع فإنه لا تلازم عقلا بين تصديق مخبر في إخباره وبما شاهده بعد كونه عدلا وبين غيرها لو كان المنافع ولا شرعا لم لا يجوز أن يبتلي عبدا من عباده بالرق ويقبل إخباره وكيف وليس الشهادة هنا كون الشاهد ممن يقبل أداؤه ولذا جاز بولدي الزوجين ولا أداء لهما عليهما فيما إنه لما لم يجعل له ولاية على نفسه شرعا لم يبح له تصرف التحق بالبهائم في حق نفسه ونحوها فكان حضوره كلا حضور وهذا ما ذكره في الهداية حيث قال ولأن النكاح ينعقد في محافل الرجال والصبيان والعبيد لا يعدون في محافل الرجال فكان حضورهما كلا حضور فحاصله أن اشتراط الشهادة إنما هو لإظهار الخطر والأظهر في إحضار مجرد العبيد والصبيان وكذا أهل الذمة في أنكحة المسلمين وكذا النساء منفردات عن الرجال فيشمل هذا الوجه نفي شهادة الكل وعلى اعتباره أولى أن ينفي شهادة السكارى حال سكرهم وعربدتهم وإن كانوا بحيث يذكرونها بعد الصحو وهذا الذي اخترته **قوله** ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله له أن الشهادة من باب الكرامة حقيقته إلى الرجوع إلى الوجه الأول القائل إنما شرطت أيضا إظهارا للخطر وهو معنى التكرمة والفاسق من أهل الإهانة فلا تكرمة ولا تعظيم للعقد بإحضاره فلم يعتبر قوله ولنا أنه أي الفاسق من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة تحمله بين شرطية وقع فيما المتقدم أهل من تحمله من اقتراني كما سلكه بعض الشارحين فقال أي لما كان من أهل الولاية كان من أهل الشهادة فهذه دعوى ملازمة شرعية وقوله وهذا لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه إلخ ملازمة أخرى لبيان الملازمة الأولى فحاصله أنه قوله لأنه من جنسه أي لأن الغير من جنس الفاسق ويجوز قلبه وفيه تقرير آخر لبعضهم بعيد من اللفظ وحاصل هذا أن أحكام أفراد الجنس المتحد متحدة بحسب الأصل وكل مسلم يتعلق به شيئا إلا لحكم ما يتعلق بغيره فلما لم يحرم الشارع الفاسق من الولاية لنفسه علم أنه لم يعتبر شرعا فسقه سالبا لأهلية الولاية مطلقا فجاز ثبوتها على غيره لأنه كنفسه إلا أن ثبوتها على غيره لا يتحقق إلا برضاه وذلك بتوليته عليه إذا استشهد وبقي استواؤه وبرضي فيثبت ذلك القدر وهو صحة سماعه عليه كما يصح منه سماعه لأحد شطري ما يعقده من المعاملات لنفسه من غيره ومجرد السماع هو الشرط فيجوز شهادته فيما سماعه إلا الأداء فيتوقف على فعل غيره وهو إجازة القاضي وأنت إذا تأملت هذا الوجه ظهر لك أنه لم يرد على اقتضاء تجويز كون الفاسق شاهدا تثبت شهادته لعدم الشافعي والوجه السابق من أن اشتراط الشهادة لإظهار تعظيم العقد وتعظيم المحل الوارد هو ما ينتهض به لأن مجرد إحضار الفاسق ليس بتكرمة والحق أن هذا الوجه إنما ينفي ما ذكرناه من إحضار الفساق حال سكرهم ولو أحضر من أعلن إذا استعقد تكرمة كما يعرفون بكرم العاقدين جاز وإن كان لو أتيت بما سمعوه أحوا وهذا الذي ذكره إنما من كان في نفسه فاسقا ولمروءته وحشمته كان إحضاره تكرمة للشهادة لا ينافيه الوجه المذكور فالحق صحة العقد بحضرة فساق في حال فسقهم والله أعلم **قوله** ولأنه صلح مقلدا بالكسر الإمام وجه ثان ذكره المصنف في صحة شهادة الفاسق في النكاح وهو أنه صلح مقلدا أي سلطانا وخليفة

لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم ولهما أن الشهادة
شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر إذ لا شهادة تشترط في لزوم المال
وهما شاهدان عليها بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام الزوج لأن العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرطت على العقد

فصلح مقلدا بفتح اللام أي قاضيا وكذا شاهدا بالواو في نسخ وبالفاء في نسخ فعلى الأول هي ملازمة واحدة حاصلها ما صلح للولاية الكبرى التي هي عمومها
ونفعا صلح للصغرى التي هي أقل منها وهي القضاء والشهادة بطريق أولى بيان الاستثنائية المقدرة المستغني عن اظهارها بالمعلومية لما قد تبين دلالة على وضع المقدم
من الخلفاء غير الأربعة السابقين ومن بعدهم بإحسان كعمر بن عبد العزيز فلما خلوا عن فسق مع عدم انكار السلف ولايتهم وتصحيح تقليدهم القضاء وغيرهم
وعلى الثاني ملازمتان بين صلاحية الكبرى وصلاحية القضاء وصلاحية الشهادة والأول سبب للثاني في كل منهما فاعترض بأنه ذكر في أدب القاضي أن الأمر
بالعكس حيث قال لا يصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة وأجيب بأن قوله فكذا شاهدا عطف على مقلدا بكسر اللام وإن تحمل معطوف على
فعرف من قولك جاء زيد وبكر وعمرو عطف على زيد أكبر وسببية عنده ظاهرة ولا منافضة وفيه نظر إذ العطف بالفاء يقتضي ترتب كل على ما قبله كما في جاء زيد فعمرو فبكر
فروع في فتاوى النسفي للقاضي أن يبعث إلى شافعي حتى يبطل العقد إذا كان بشهادة الفاسق لحق أن الفصل فوكل على اثنين في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى
وكذا لو كان لغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث إلى شافعي وجاءته بغير محلل لم يقض الصحة ببطلان النكاح الأول يجوز إذا لم يأخذ القاضي الكاتب ولا المكتوب إليه رشوة ثم بعد
حرمة الوطء للسابق ولا شبهة ولا حنث في الولد كذا في الخلاصة ثم قال الإمام ظهير الدين المرغيناني لا يجوز الرجوع إلى شافعي المذهب في اليمين المضافة أما الوطء فلو اقتضى ينعقد له

لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فيتجه لا سماع للكافر على المسلم لكنه عدل في النتيجة إلى التشبيه فقال فصار كأنهما لم يسمعا كلام المسلم لأن مراده من النفي
نفي السماع المعتبر لا نفي حقيقته وإذا انتفى الاعتبار صار كأن وجوده كعدمه فصح تشبيه السماع بعدمه على ما هو معنى قوله فصار كأنهما لم يسمعا كلام المسلم تمام الدليل موقوف
على أن صغرى القياس منعكسة نفسها في خصوص هذه المادة لأن المطلوب نفي الشهادة لنفي السماع المعتبر فلولا أن الشهادة مجرد الحضور كما يعطيه ظاهر القدوري وبعد
أن بين قال السعدي والإسبيجابي لم يتم ونص القدوري وغيره على اشتراط السماع ولأنه المقصود بالحضور فلا يجوز بالأصمين على ما هو الأصح ومن اشتراط السماع
ما قدمناه في التزوج بالكتاب من أنه لا بد من سماع الشهود ما في الكتاب المشتمل على الخطبة بأن تقرأه المرأة عليهم أو سماعهم العبارة عنه بأن تقول إن فلانا كتب
إلي يخطبني ثم تشهدهم أنها زوجته نفسها أما لو لم تزد على أشهد على التي لا يصح على ما قدمناه في الفروع ولفقد العبد عن الفقه وعن الحكمة الشرعية من زاد الناسخين
ونص في فتاوى قاضيخان على أنه لو لم يسمعا كلامهما ثم اشترط أن يسمعا كلاميهما مع الفهم أما الأول فذكر في روضة العلماء أنه الأصح وبه أخذ عامة العلماء انتهى
إذ لو سمع أحد الشهود ثم أعيد على الآخر فسمعه وحده لم يكن الشاهد على كل عقد سوى شاهد واحد وعن أبي يوسف إن اتحد المجلس جاز استحسانا وإلا فلا وعنه لا بد من
سماعهما معا وأما الثاني فعن محمد لو تزوجها بحضرة هنديين لم يفهما لم يجز وعنه إن أمكنهما أن يعبرا ما سمعا جاز وإلا فلا وحكي في فتاوى قاضيخان خلافا فيه وجعل
الظاهر عدم الجواز **قوله ولهما أن الشهادة** شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك أي ملكه عليها لوروده على محل ذي خطر وهو بضع الحرة التي ليست مملوكة
محلا من نبات آدم على وجه يقتصر ما على نفسه استيفاء حاجة منها وندب من جانب الشرع هو معنى مناسب للاشتراط احضار السامعين العقد اظهار التعظيم هذا
العقد يقع في محفل من المحافل قد ظهر أثر ذلك بإيجاب المال عليه وهو مع أن ملك المتعة مشترك نعم أن اشتراط الشهادة لصحة العقد ليس للملك كل منهما التمتع
بكل والأم تحقق بلزوم ولا على اعتبار وجوب المهر لها عليه ليكونا شاهدين عليه إذ لا شهادة تشترط في لزوم المال فيما عهد من تقريرات الشرع في غيره
ولا على اعتبار ملكها الازدواج المشترك لأنه يثبت تبعا لملك البضع ولا يشترط للتوابع ولا وجوب للاشهاد على شراء الأمة للوطء فإن ملكه من قبيل ملك
رقبتها وإذا كانت الشهادة لثبوت ملكه عليها كانا شاهدين عليها وهي ذمية فيجوز لذميين فلزم اظهار خطر بالنسبة إليها شرعا ولهذا لو كانا ذميين حكم
الشرع بصحته حتى لو أسلم بقي على الصحة بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام الزوج لأن الشهادة اشترطت في العقد بذلك المعنى والعقد يقوم بهما ولا بد من سماعهما

ومن أمر رجلاً بأن يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والأب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح لأن الأب يجعل

مباشراً لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيراً ومعبراً فيبقى المزوج شاهداً وإن كان الأب غائباً لم يجز لأن المجلس مختلف فلا يمكن

أن يجعل الأب مباشراً وعلى هذا إذا زوج الأب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد إن كانت حاضرة جاز وإن كانت غائبة لا يجوز

هذا وتقبل شهادتهما عليها إذا أنكرت لا عليه إذا أنكر وعند محمد لا يقبل إلا أن يقول كان معنا مسلمان وعنه لا يقبل مطلقاً لأن إثباتها فعل المسلم ولو ثبت

بشهادتهما ولو أسلما ثم أديا تقبل على كل منهما عندهما لأن سماعهما كلام المسلم معتبر وامتنع الأداء بالكفر وعند محمد لا تقبل لعدم صحة العقد إلا إذا قالا كان معنا

مسلمان عند العقد ولو كان الشاهدان ابنيها قبل عليها فقط أو ابنيه فعليه فقط أو ابنيهما فلا يقبلان على واحد منهما كما لو كانا أعميين أو أخرسين

أصمين حيث يصح العقد بهما ولا أداء لهما لعدم البصر والتكلم والعدوان على التفصيل فعدواه يقبلان عليها لا عليه وعدوا ها يقبلان عليه لا عليها وعدوهما

لا يقبلان مطلقاً أما الانعقاد فيثبت بشهادة الأولاد والأعداء كيف كانوا وأما الأخوان بأن زوج الأب ابنته بشهادة ابنيه فأنكر الزوج وادعاه

والبنت كبيرة أو المرأة فشهدا لا يقبل ولو كان الزوج هو المدعي والمرأة منكرة أو الأب قبلت هذا قول أبي يوسف وعند محمد تقبل وإن كان

المدعي الأب أو المرأة أيضاً والأصل أن كل شيء يدعيه الأب فشهادتهما فيه باطلة وإن لم يكن فيه منفعة لشبهة الأبوة عند أبي يوسف لثبوت

منفعة نفاذ كلامه وقال محمد كل شيء للأب فيه منفعة حيث ادعى فشهادة ابنه فيه باطلة وكذا كل شيء ولية ما يكون خصماً فيه مثل البيع ونظائره ولم

يعتبر منفعة نفاذ القول منفعة ولو كانت البنت صغيرة لا يقبل اتفاقاً لأنها للأب قال الحاكم أبو الفضل في تفسيره يريد أن الشهادة تبطل في حال

دعاية من طريق التهمة وكذا في حموده لو قومها الغير خصم يدعي انتهى وفسر في المبسوط جحوده بأن المراد أن عند جحوده إن كان الآخر جاحداً أيضاً لا تقبل

لعدم الدعوى فأما إذا كان الآخر مدعياً فمقبولة وإن كان للأب منفعة فيها كما إذا شهدوا عليه ببيع ما يساوي مائة بألف والمشتري يدعيه وهذا لأن

منفعة غير مطلوبة للأب ولا تمنع من قبول شهادتهما وكذا إذا قال لعبده إن كلمك فلان فأنت حر فشهد ابنا فلان أن أباهما كلمه جازت عند محمد

كان الأب جاحداً أو مدعياً وعند أبي يوسف لا يجوز إلا أن يكون جاحداً ولو زوج الرجل بنته ثم شهد مع أختها عليها بالرضاع وهي تنكر لا يقبل لأنه شهد

على فعل نفسه مطلقاً لا تقبل سواء كان مما هو فيه خصم أو لا فروع ولو أقر بالنكاح بحضرة الشهود وكان تزوجها بغير شهود واختلفوا فيه والأصح أنه

إن سميا المهر ينعقد نكاحاً مبتدأ كذا في الدراية وقد منا أنهما إذا أقرا به ولم يكن بينهما نكاح لا ينعقد إلا أن قال الشهود جعلتما هذا نكاحاً فقالا نعم

فينعقد لأن النكاح ينعقد بالجنس ثم قال قاضي خان يجب وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل إن أقر بعقد ماض ولم يكن بينهما عقد لا يكون نكاحاً

وإن أقرت أنه زوجها وهو أنها امرأته يكون نكاحاً ويتضمن إقرارهما الإنشاء بخلاف إقرارهما بماض فإنه كذب وهو كما قال أبو حنيفة إذا قال لامرأة

ليست لي امرأة ونوى به الطلاق يقع كأنه قال لأني طلقتك ولو قال لم أكن تزوجها ونوى الطلاق لا يقع لأنه كذب محض انتهى يعني

إذا لم تقل الشهود جعلتما هذا نكاحاً والحق هذا التفصيل وفي فتاوى بعث أقواماً للخطبة فزوجها الأب بحضرتهم قيل لا يصح وإن قبل عن الشهود

استحساناً لأنه نكاح بغير شهود لأن القوم كلهم خاطبون من تكلم ومن لا إلا أن المتعارف أنه يتكلم واحد ويسكت الباقون والخاطب لا يصير شاهداً

وقيل يصح وهو الصحيح وعليه الفتوى لأنه لا ضرورة في جعل الكل خاطباً فيجعل المتكلم فقط والباقي شهود قوله ومن أمر رجلاً أن يزوج ابنته الصغيرة

فزوجها والأب حاضر بحضرة رجل واحد جاز النكاح وكذا إذا زوج الأب ابنته البالغة بحضور رجل واحد أو امرأتين أو وكيل المرأة بحضوره مع امرأتين جاز النكاح

ثم تقبل شهادة المزوج إذا لم يقل إني زوجتها بل يقول هذه زوجته هذا وإنما صح بحضور الواحد لأن الوكيل في النكاح سفير ومعبر ينقل عبارة الموكل

فإذا كان من يعبر عنه حاضراً والفرض أن العبارة تنتقل إليه كان مباشراً لأن النكاح العبارة تنتقل إليه وهو في المجلس وليس للمباشر سوى

هذا بخلاف ما إذا كان غائباً لأن انتقال العبارة إليه حال عدم الحضور لا يصير به مباشراً لأنه ما هو في نحو هذا وهو الحضور ضرورة فتستقر أشد مجل

فصل في بيان المحرمات قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجدات امهات

[illegible]

[illegible]

مرفوع الحقوق الى الوكيل ولهذا لو زوج وكيل السيد العبد بحضرة ومع آخر لا يصح لان العبارة انما تنتقل الى [...] وهو السيد وهو غائب فظهر من هذا
التوجيهات ان المباشرة [...] على ثبوت الحاجة الى اعتبارها [...] غير محتاج الى ان الاب ليصلح شاهدا فلا حاجة الى
اعتبار مباشرة الاب الى السياق الاخيرة في الكتاب [...] زوج الاب بنت البالغ بحضرة واحد لانها لا تصلح شاهدة على نفسها فاذا نزلت مباشرة [...] الصحيح ولو
اذن السيد لعبده او امته في التزوج فعقد بحضرة واحد مع السيد قيل تجوز للانتقال الى السيد لانهما وكيلان عنه والاصح الجواز بناء على صحة كونهما وكيلين لان الاذن
فك الحجر عنهما فيتصرفان بعده لانفسهما لا بطريق النيابة وما ذكر في مسألة وكيل السيد فظهر ان ثبوت الصحة فيما اذا زوج السيد عبده او امته بحضرة [...] شاهد محل
النظر لان مباشرة السيد ليس [...] بفك الحجر عنها في التزوج مطلقا [...] في مسألة وكيله [...] لا يخالف في صحتها المرغيناني فان قال استاذي فيهما [...] اي في
وكيل السيد والسيد قوله واذا جحد احد الزوجين النكاح [...] فهي اصل لو جحد الزوج فاقامت بينة بناء على اقراره [...] والاكثر يجوزه طلاقا
الا ترى ان الطلاق ينقص العدد [...] اصل النكاح لا تقبل [...] واما انكار الشرط كانكار الشهادة فان كانت هي المنكرة بان قالت
تزوجني بلا شهود وقال الزوج بشهود فالنكاح صحيح وان كان هو القائل ذلك فرق بينهما للاقرار بالحرمة على نفسه ويكون كالفرقة
من قبله فلها نصف المهر ان كان قبل الدخول والا فكله ونفقة العدة [...] بخلاف انكاره اصله لان القاضي كذبه في زعمه فلا يبقى زعمه معتبرا
وهنا ما كذبه في زعمه ولكن رجح قولها لمعنى هو ان الشرط تبع وقد اتفقا على الاصل والاتفاق على الاصل اتفاق على التبع فالمنكر له بعد
موافقته على الاصل كالراجع عنه فيبقى زعمه معتبرا في حق نفسه ولا يفرق بينهما وكذا لو قال تزوجتها وهي معتدة او مجوسية ثم اسلمت او واختها
عندي او ولها زوج او امة بلا اذن لان هذه الموانع كما في محل العقد والحال في حكم الشروط بخلاف ما لو ادعى احدهما ان النكاح كان في صغره
بما يخبر به لانه منكر لاصل النكاح معنى واذا كان القول للمنكر منهما هنا فلا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها قبل البلوغ وان دخل بها فلها الاقل
من المسمى ومهر المثل للدخول في نكاح موقوف وان كان الدخول بعد البلوغ فهو رضى بذلك النكاح وبعد البلوغ لو اجاز العقد الذي
لم يقبله جاز والتمكين من الدخول اجازة ولو كانت هي القائلة تزوجني وانا معتدة وما بعدها الى آخر الصور التي ذكرناها وهو منكر فهي امرأته
لما قلنا في الشهادة والله سبحانه اعلم شهد شاهد انه تزوجها امس والآخر اليوم فهي باطلة فان النكاح وان كان قولا من شرائطه الفعل
وهو الحضور فكان كالافعال في الاختلاف واختلاف الشهود في المكان والزمان في الافعال يمنع القبول وان كل شهد بعقد حضره والله سبحانه اعلم

فصل في نكاح المحرمات المحلية الشرعية من شرائط النكاح واما افراد هذا الشرط بفصل على حدة لكثرة شعبه وانتشار مسائله وانتفاء محرمية المرأة
للناكح ثم باسباب الاول النسب فيحرم على الانسان فروعه وهم بناته واولاده وان سفلن واصوله وهم امهاته وامهات امهاته وآبائه وابنائه وان علون
وفروع ابويه وان نزلن فتحرم بنات الاخوة والاخوات وبنات اولاد الاخوة والاخوات وان نزلن وفروع اجداده وجداته ببطن واحد فلهذا تحرم العمات والخالات
وتحل بنات العمات والاعمام والخالات والاخوال الثاني المصاهرة فيحرم بها فروع نسائه المدخول بهن وان نزلن وامهات الزوجات وجداتهن بعقد صحيح وان
علون وان لم يدخل بالزوجات وتحرم موطوءات آبائه واجداده وان علوا ولو بزنا والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح وموطوءات ابنائه وابناء اولاده وان سفلوا ولو بزنا
والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح والثالث الرضاع يحرم كالنسب وسياتي تفصيله في كتاب الرضاع ان شاء الله الرابع الجمع بين المحارم والاجنبيات كالامة
مع الحرة السابقة عليها الخامس حق الغير كالمنكوحة والمعتدة والحامل بثابت النسب السادس عدم الدين السماوي كالمجوسية والمشركة السابع

اذ الام هو الاصل لغة او ثبتت حرمتهن بالاجماع **قال** ولا بنته لما تلونا ولا بنت ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته ولا بنتها ولا بنات اخته ولا بنات اخيه ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة **قال** ولا بام امرأته التي دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد الدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص

الثاني كنكاح السيد امته والسيدة عبدها **قوله** اذ الام هي الاصل لغة قال الله تعالى وعنده ام الكتاب وسميت مكة ام القرى لان الارض دحيت من تحتها والزمام الخبائث وعلى هذا ثبتت حرمة الجدات بموضوع اللفظ وحقيقته لان الام على هذا من قبيل المشكك **قوله** او ثبتت حرمتهن بالاجماع اي ان لم يكن اطلاق الام على الاصل بطريق الحقيقة حتى لا يتناول النص الجدات والتحقيق ان الام مراد بها الاصل على كل حال لانه ان استعمل فيه حقيقة فظاهر وهو الاوجب ان يحكم بارادته مجازا فيدخل الجدات في عموم المجاز والمعرف لارادته ذلك في النص الاجماع على حرمتهن ثم ثبت عند المعمم اطلاق لفظ البنت على الفرع حقيقة فلا يقتصر في حرمة بنات الاولاد على الاجماع وظاهر بعض الشروح ثبوته حيث قال وكذا الاستدلال في البنات فان بنت البنت تسمى بنتا حقيقة باعتبار ان البنت لم الفروع فيتناولها النص حقيقة ومجازا عند البعض وقوله عند البعض يريد اذا استعمل في حقيقته ومجازه عند العراقيين فانهم يجوزونه اذا كان في محلين على ما اسمعناك من التقرير يتناول لكن مجازا عند الكل ومن الطرق في تحريم الجدات وبنات الاولاد دلالة النص المحرم للعمات والخالات وبنات الاخ والاخت ففي الاول لان الاشقاء منهن اولاد الجدات فهن اقرب اولى وفي الثاني لان بنات الاولاد اقرب من بنات الاخوة **فرعان** الاول ابنت الملاعنة حكم البنت فلو لاعن فنفى القاضي نسبها من الرجل والحقها بالام لا يجوز للرجل ان يتزوجها لانه سبيل من ان يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه الثاني يحرم على الرجل بنته من الزنى بصريح النص المذكور لانها بنته لغة والخطاب انما هو باللغة العربية ما لم يثبت نقل كلفظ الصلوة ونحوه فيصير منقولا شرعيا **قوله** لان جهة الاسم عامة اي الجهة التي وضع للاسم مع اعتبارها فاسم الاخ مثلا وضع لاعتبار نسبتها الى اخرى بالمجاورة في صلب او رحم فالاحسن ان يقال لاعتبار حلولهما حلته من صلب او رحم كيلا يقتصر على التوهم وبهذه الجهة تعم المتفرقات فكان حقيقة في الكل بالتواطؤ ويدخل في العمات والخالات بنات الاجداد وان علوا لانهن اخوات ابائه وان علون وبنات الجدات وان علون لانهن اخوات امهات علويات وفي بنات الاخ والاخت بناتهن وان سفلن **قوله** ولا بام امرأته دخل بابنتها او لم يدخل فاذا كان نكاح البنت صحيحا اما بالفاسد فلا تحرم الام الا اذا وطئ بنتها ويدخل في ام امرأته جداتها **قوله** من غير قيد الدخول عليه عمر وابن عباس وعمران بن الحصين رضي الله عنهم والجمهور واليه رجع ابن مسعود رضي الله عنه بناء على ان تقييد المعطوف بصفة او حال كما في الآية فان من نسائكم حال من الربائب لا يوجب تقييد المعطوف عليه لكن يجوز ولا يمتنع ولهذا خالف فيه علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وناهيك بهما حاكين فجعلا الدخول قيدا في حرمة امهات النساء وتبعهم بشر المريسي ومحمد بن شجاع ووجه البناء على ان الشرط والاستثناء اذا تعقب كلمات منسوقة انصرف الى الكل وذلك ان المذكور في الآية ليس شرطا بل صفة ولا يلزم وصف المعطوف عليه بوصف المعطوف ثم يبطل جوازه في هذا الموضع باستلزامه كون الشيء الواحد معمولا لعاملين مختلفين وذلك ان النساء المضاف اليه امهات محفوظ بالاضافة والمجرور بمن بها فلو كان الموصول هو قوله اللاتي دخلتم بهن صفة لهما لزم ذلك هذا بناء على اعتبار الصفة هنا بمعنى الشرط والا فلا في الكشاف يلزم كون من مستعملا في معنيين متخالفين في اطلاق واحد وهو البيان بالنسبة الى النساء المضاف اليهن امهات والابتداء بالنسبة الى الربائب لانه المناسب فيهما قال الشيخ سعد الدين في حواشيه وما يقال ان الابتداء معنى كلي صادق على جميع معاني من فضرب من التاويل والتشبيه ثم قال انه قد يستعمل في ايصال شيء فيتناول ايصال الامهات بالنساء لانهن والدات والربائب لانهن مولودات ثم يصح جعل من نسائكم متعلقا بالامهات والربائب جميعا حالا منهما وفائدة ايصال الامهات بالنساء بعد اضافتها اليهن زيادة قيد الدخول لكن الاتفاق على حرمة امهات النساء مدخولات بهن او غير مدخولات يأبى هذا المعنى في هذا الجعل متعلقا بهما انتهى ويمكن ان تجعل حالا من النساء المضاف اليهن امهات ومن الربائب لانه قد يستلزم جعل الحال من المضاف اليه وانما جوزه من جوزه مع منع كون المضاف اليه معمولا للعامل في الحال وجزأ للمضاف اليه زاد بعضهم شبهة انحو صحة حذفه والاستغناء عنه بالمضاف اليه نحو ملة ابراهيم حنيفا

سواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول قال ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين اختين نكاحا ولا بملك يمين وطيا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه السلام من كان يومن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين

قوله سواء كانت في حجره او في حجر غيره وهو مذهب الجمهور وشرط علي رضي الله عنه وابن مسعود ... الى قول الجمهور لان قيد الحجر خرج مخرج العادة وان الغالب كون البنت مع الام عند زوج الام فهو في حجره ولولا الاجماع لثبتت الاباحة عند انتفائه بدلالة اللفظ في غير محل النطق عند من اعتبر مفهوم المخالفة وبالرجوع الى الاصل وهو الاباحة عند من لا يعتبر المفهوم لان الخروج عنه الى التحريم مقيد بقيد فاذا انتفى القيد رجع الى الاصل لا بدلالة اللفظ قوله ولهذا اي ولكونه لم يعتبر قيدا في الحرمة اكتفى في موضع نفي الحرمة بنفي الدخول بقوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم فحيث خص نفي ... بالذكر علمنا انه المعتبر في اضافة الحرمة والا لقيل فان لم تكونوا دخلتم بهن وليس في حجوركم او قال لم تكونوا دخلتم بهن او ليس في حجوركم جريا على العادة في اضافة نفي الحكم الى نفي تمام العلة المركبة او احد جزئيها الدائر وان صح اضافته الى نفي جزئيها المعين لكنه خلاف المستمر من الاستعمال هذا ويدخل في الحرمة بنات الربيبة والربيب وان سفل لان الاسم يشملهن بخلاف حلائل الابناء والآباء لانه اسم خاص لهن فلذا جاز التزوج بام زوجة الابن وبنتها وجاز للابن التزوج بام زوجة الاب وبنتها قوله ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء اعلم ان امرأة الاب والاجداد تحرم بمجرد العقد عليها والآية المذكورة استدل بها المشايخ صاحب النهاية وغيره على ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا بناء على ارادة الوطء بالنكاح فان اريد من حرمة امرأة الاب والجد ما يعمهما من ارادة الوطء قصر عن افادة تمام الحكم المطلوب حيث قال ولا بامرأة ابيه وقصد امرأة الاب بعقده والا لم يفد الحكم في ذلك المحل فانما يصح على اعتبار لفظ النكاح في لفظ الآية في معنى مجازي يعم العقد والوطء ولكن النظر في تعينه ويحتاج الى دليل يوجب اعتباره في المجازي وليس لك ان تقول تثبت حرمة الموطوءة بالآية والمعقود عليها بلا وطء بالاجماع لانه اذا كان الحكم الحرمة بمجرد العقد ولفظ الدليل صالح له كان مرادا منه بلا شبهة فان الاجماع تابع للنص والقياس من حيث يكون ولو كان عن علم ضروري يخلق لم تثبت بذلك ان ذلك الحكم مراد من كلام الشارع اذا احتمل قوله لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الحليلة من حلول الفراش او حل ان يتناوله الموطوءة بملك اليمين وشبهة او زنا فيحرم الكل على الآباء ... كما تحرم ... على الابناء ... لا يتناول المعقود عليها ... قبل الوطء ... بمجرد العقد تحرم على الآباء ... على حرمة ... على الآباء ... في موضعه ... فالاعم من المحل ... بالابناء الفروع فيحرم حليلة الابن السافل على الجد العالي كما تحرم حليلة الابن من النسب تحرم حليلة الابن من الرضاع وذكر الاصلاب في الآية لاسقاط حليلة المتبنى وذكر بعضهم فيه خلافا للشافعي والمنقول عنهم ان ذكر الاصلاب لاحلال حليلة المتبنى لا حلال حليلة الابن من الرضاع كمذهبنا فلا خلاف قوله ولا بامه من الرضاعة كل ما ذكرنا انه يحرم من اول الفصل الى هنا يحرم من الرضاع حتى لو ارضعت امرأة صبيا حرم عليه زوج ... الذي نزل لبنها منه لانها امرأة ابيه من الرضاعة ويحرم على زوج الظئر امرأة هذا الصبي لانها امرأة ابنه من الرضاعة ويستوفى ان شاء الله تعالى في كتاب الرضاع قوله ولا يجمع بين اختين نكاحا اي عقدا ولا بملك يمين وطيا وبذا يتبين ان النسبة اضافية والاصل بين نكاح اختين ووطيهما مملوكتين ولا فرق بين كونهما اختين من النسب او الرضاعة حتى قلنا لو كان له زوجتان رضيعتان ارضعتهما اجنبية فسد نكاحهما وعند الشافعي يفسد نكاح الثانية فقط واستدل بقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف بناء على ان التحريم المذكور اول الآية اضيف بواسطة العطف الى الجمع وهو اعم من كونه عقدا او وطيا وعن عثمان رضي الله عنه اباحة وطء المملوكتين قال احلتهما آية وحرمتهما آية وبه يعني قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم فرجح الحل ... عثمان رضي الله عنه رجع الى قول الجمهور وان لم يرجع فالاجماع اللاحق يرفع الخلاف السابق وانما يتم اذا لم يعتد بخلاف اهل الظاهر وبتقدير عدمه فالمرجح التحريم عند المعارضة والحديث الذي ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر الخ غريب وفي الباب احاديث كثيرة

فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطئا ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدرى ايتهما اولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احدهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر فتعين التفريق

منها ما في الصحيحين عن ام حبيبة قالت يا رسول الله انكح اختي الحديث الى ان قال انها لا تحل لي وحديث ابي داود عن الترمذي عن ابي وهب الجيشاني انه سمع الضحاك بن فيروز يحدث عن ابيه فيروز الديلمي قال قلت يا رسول الله اني اسلمت وتحتي اختان قال طلق ايتهما شئت قال الترمذي حسن غريب وصححه البيهقي وابن حبان ولفظ ابي داود اختر ايتهما شئت **قوله** فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح خلافا لبعض المالكية وجه قولهم ان المنكوحة موطوءة حكما باعترافكم فيصير بالنكاح جامعا وطئا حكما وهو باطل باعترافكم لانكم عللتم عدم جواز وطئ الامة وان لم يكن وطئ المنكوحة بلزوم الجمع وطئا حكما وقلتم ان حكم وطئ الامة السابق قائم حتى استحب له لو اراد بيعها ان يستبرئها وما قيل حال صدور العقد لا يكون جامعا وطئا بل بعد تمامه فان ذلك حكمه فيتعقبه ليس بدافع فان صدوره من اهله مضافا الى محله وان كان ليس جمعا في نفسه لكنه يستلزمه حيث كان لكن هو حكمه وهو لازم باطل شرعا وملزوم الباطل باطل فالعقد باطل وقد يوجد في صفحات كلامهم واضع علل المنع فيها بشئ وقد يجاب بان هذا اللازم بيده ازالته فليس لازما على وجه اللزوم فلا يفسد بالصحة ويمنع من الوطئ بعد الصحة قيام ذلك **قوله** ولا يطأ الامة الحاصل انه لا يطأ واحدة منهما بعد العقد حتى يحرم الامة على نفسه بسبب كبيع للكل او البعض والهبة مع التسليم والاعتاق او بالكتابة والتزويج وعن ابي يوسف رحمه الله لا تحل المنكوحة بالكتابة وعنه لو ملك فرجها غيره لا تحل المنكوحة حتى تحيض المملوكة حيضة بعده وعليها الاحتمال كونها حاملا منه فعلى هذا لو حاضت بعد الوطئ قبل التمليك حلت المملوكة بمجرد التمليك وجه الظاهر ثبوت الحرمة بالكتابة وهو المقصود ومن هنا قال الشافعي ومالك واحمد تحل المنكوحة قبل تحريم المرقوقة بسبب لان حرمة وطئها قد ثبتت بمجرد العقد فلا حاجة الى اشتراط التحريم بسبب آخر واجيبوا بان حكم الوطئ المرقوقة قائم حتى لو اراد بيعها استحب له استبراؤها فبالوطئ يكون جامعا وطئا حكما واطلاق الآية يمنعه هذا كلامهم وهو مصرح بما قدمناه آنفا وهذا اذا كان النكاح صحيحا بخلاف الفاسد الا اذا دخل بالمنكوحة فيه فتحرم الموطوءة لوجود الجمع حقيقة لانه وطئ معتبر تترتب الاحكام عليه **قوله** لان المرقوقة ليست موطوءة حكما لان ملك اليمين لم يوضع للوطئ بخلاف النكاح ولهذا لا يثبت نسب ولدها الا بدعوة **فرع** لو اشترى اختين ليس له وطؤهما فان وطئ احداهما فله لمسها لشهوة لم يحل له وطئ الاخرى حتى يحرم الاخرى بسببه ولو وطئهما اثم ثم لا تحل له وطئ واحدة منهما حتى يحرم الاخرى بسبب ولو باع احداهما او وهبها او زوجها ثم ردت المبيعة او رجع في الهبة او طلقت المنكوحة او انقضت عدتها لم يحل وطئ واحدة منهما حتى يحرم الاخرى بسبب كما كان اولا **قوله** فان تزوج اختين في عقدتين لا يدرى ايتهما الاولى فرق بينه وبينهما هذا تفريع على حرمة الجمع وقيد بعقدتين اذ لو كانا في عقدة بطلا يقينا وبعدم علم الاولية اذ لو علم صح النكاح الاول وبطل الثاني ولو وطئ الاولى الا ان يطأ الثانية فتحرم الاولى الى انقضاء عدة الثانية كما لو وطئ اخت امرأته بشبهة حيث تحرم امرأته ما لم تنقض عدة ذات الشبهة وفي الدراية عن الكامل لو زنى باحد الاختين لا يقرب الاخرى حتى تحيض الاخرى حيضة وهذا مشكل والله سبحانه اعلم **قوله** ولا وجه للتعيين لعدم الاولوية طولب بالفرق بين هذا وما اذا طلق احدى نسائه بعينها ونسيها حيث يؤمر بالتعيين ولا يفارق الكل واجيب بامكانه هناك لا هنا لان نكاحهن كان متيقن الثبوت فلا ان يدعى نكاح من شاء بعينه منهن تمسكا بما كان متيقنا ولم يثبت هنا نكاح واحدة منهما بعينها فدعواه تمسك بما لم يتحقق ثبوته **قوله** ولا الى التنفيذ مع التجهيل اي تنفيذ نكاحهما مع جهل المحللة منهما لانه تنفيذ الجمع بين الاختين او تنفيذ نكاح احديهما مع تجهيلها بان ينفذ لاحد الدائر بينهما لعدم الفائدة وهو حل الاستمتاع اذ لا يقع الا في معينة ولا حل في المعينة او للضرر عليهما بالزامه النفقة وسائر الواجبات مع عدم حصول المقصود وعليها بالصبر وتركها معلقة لا ذات بعل في حق الوطئ ولا مطلقة والتكرار الاولى لو وقع تعيينه للضرر بالاولى لعدم الصحة والثانية لو توهما

ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فينصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما انها الاولى او الاصطلاح لجهالة المستحقة ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا مشهور تجوز الزيادة على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة

في الوطء الحرام في هذا النظر اذ لا قرب منهما في الدنيا وهو ظاهر ولا في الآخرة لعدم تعمد التخالف للاثم ولو قال للمفسر بالواو كان اولى لان كلا منهما لازم للتفريق مع التجهيل بتعيين التفريق والظاهر انه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة لو تزوجها بعد ذلك فان وقع قبل الدخول فله ان يتزوج ايتهما شاء في الحال او بعده بها فليس له بان يتزوج واحدة منهما حتى تنقضي عدتهما وان انقضت عدة احداهما دون الاخرى فله تزوج التي لم تنقض عدتها دون الاخرى كيلا يصير جامعا وان بعده بها فله ان يتزوجها في الحال دون الاخرى فان عدتها تمنع من تزوج اختها **قوله** ولهما نصف المهر المسمى لهما بناء على ان التفريق قبل الدخول مع تساوي مهريهما جنسا وقدرا وسواء ادعت كل انها سابقة او ادعته فقط اما لو قالت لا ندري السابقة منا لم يقض لها بشيء فلو كان التفريق بعد الدخول وجب لكل منهما مهرها كاملا وفي النكاح الفاسد يقضى بمهر كامل وعقر كامل يجب حمله على ما اذا اتحد المسمى لهما قدرا وجنسا اما اذا اختلفت فتعذر ايجاب عقر ليست احداهما اولى بجعلها ذات العقر من الاخرى لانه فرع الحكم بانها الموطوءة في النكاح الفاسد هذا مع ان الفاسد ليس حكم الوطء فيه اذا سمى فيه العقر بل الاقل من المسمى ومهر المثل ولو اختلفا جنسا قدر بالقضاء لكل بربع مهرها وان لم يكن في العقد تسمية تجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر وكل هذه الاحكام المذكورة بين الاختين ثابتة بين كل من لا يجوز جمعه من المحارم والتقييد المذكور بقوله وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما اي دعواها انها الاولى او اصطلاحهما بان يقولا نصف المهر لنا عليه لا يعدونا فنصطلح على اخذه وذكر المشايخ ينبغي ان يكون قول ابي يوسف انه لا شيء لهما بالجهالة المقتضي لها فهو كما لو قال لاحد هذين عندي الف لا يقضى لشيء لجهالة المقضي له وعن محمد ان عليه مهرا كاملا بينهما انصافا لان الزوج اقر بجواز نكاح احداهما فيجب مهر كامل وجوابه انه يستلزم ايجاب القضاء بلا تحقق عدم لزومه فان ايجاب كماله بحكم الموت او الدخول **قوله** ولا يجمع بين امرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها تكرار لغير داع الا ان يكون المبالغة في نفي الجمع بخلاف ما في الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي وذلك لا يتزوج فانه لا يستلزم منع نكاح المرأة على عمتها او خالتها منع القلب بجواز تخصيص العمة والخالة بمنع نكاح ابنة الاخ والاخت عليهما دون العكس او خالها على الابنة لزيادة تكرمتهما على الابنة قال صلى الله عليه وسلم الخالة بمنزلة الام في الصحيحين وكما لم تحرم نكاح الامة على الحرة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك بخلاف المذكور في الكتاب فانه لم يذكره الا بلفظ الجمع فلا يجري فيه ذلك الوهم وهذا لو لم يجيء هذا الحديث الذي ورد بلفظ الجمع لم يرد فيه على قوله لا تجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها انتهى في الصحيح **قوله** وهذا مشهور اعني الحديث المذكور ثابت في صحيح مسلم وابن حبان رواه ابو داود والترمذي والنسائي وبلفظه الصدر الاول بالقبول من الصحابة والتابعين ورواه الجم الغفير منهم ابو هريرة وجابر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وابو سعيد الخدري فيجوز الزيادة به على الكتاب يعني بالزيادة هنا تخصيص عموم قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم لا الزيادة المصطلح من تقييد المطلق ثم ان العموم المذكور مخصوص بالمشركة والمجوسية وبناته من الرضاعة فلو كان من اخبار الاحاد جاز التخصيص ايضا غير متوقف على كونه مشهورا والظاهر انه لا بد من اعتبار الشهرة لان الحديث موقعه النسخ لا التخصيص لان قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات ناسخ لعموم قوله تعالى واحل لكم اذا ثبت تقدم لزم نسخها بالآية فيلزم حل المشركات وهو منتف او تكرار النسخ وحاصله خلاف الاصل بيان الملازمة انه يكون السابق حرمة المشركات ثم نسخ بالاسلام وهو واحل لكم ما وراء ذلكم فيجب تقديره ناسخا آخر لان الثابت الآن الحرمة **قوله** ولا يجمع بين امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكرا لم يحل له ان يتزوج بالاخرى تفيد ذكرها لفساد الفرع باصل الكلي تخرج عليه هو وغيره كحرمة الجمع بين عمتين وخالتين وذلك ان يتزوج كل من رجلين ام الآخر فيولد لكل منهما بنت فيكون كل من البنتين عمة الاخرى او يتزوج كل من رجلين بنت الآخر ويولد لهما بنتان فكل من البنتين خالة للاخرى فيمتنع الجمع بينهما والدليل على اعتبار

والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع تحرم لما روينا من
قبل ولا بأس بأن يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز
لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له التزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج
بهذه والشرط ان يصور ذلك من كل جانب ومن زنا بامرأة حرمت عليه امها وبنتها وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور

الاصل المذكور ما ثبت في الحديث برواية الطبراني وهو قوله فانكم اذا فعلتم ذلك قطعتم ارحامكم وروى ابو داود في مراسيله عن عيسى بن طلحة قال نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة فاوجب تعدى الحكم المذكور وهو حرمة الجمع الى كل قرابة يفرض وصلها وهي ما تضمنه
الاصل المذكور وبه تثبت الحجة على الروافض والخوارج وعثمان البتي على ما نقل عنه وداود الظاهري في اباحة الجمع بين غير الاختين وقد روي في خصوص العمتين
والخالتين حديث من خصيف عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كره ان يجمع بين العمة والخالة وبين العمتين
والخالتين وان تكلم في خصيف فالوجه تام بغيره وهذا مؤيد قوله والقرابة المحرمة للنكاح اي بمقتضى آية المحرمات محرمة للقطع على اسم الفاعل فيهما وفي الجمع
القطع فلا يحل وفي بعض النسخ محرمة للقطع على اسم المفعول في الثاني اي انما حرمت للقطع فانه عادة يقع التشاجر بين الزوجتين فيفضي الى القطيعة
فلذلك حرمت تلك القرابات المنصوص عليهن في الآية اعني حرمت عليكم امهاتكم الى آخرها على الرجل وان كان في بعضها غير ذلك ايضا كما ذكرنا من الاحترام الواجب
للامهات والعمات والخالات بالافتراش فيكون دراجة في القطيعة ولا شك ان الجمع افضى اليه لاكثرية المضارة بين الضرائر فكانت حرمة الجمع اولى من حرمة الآحاد
قوله ولو كانت المحرمية بينهما اي بين المرأتين بسبب الرضاع لا يحل الجمع لما روينا من قبل وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
ولا يجوز ان يجمع بين الاختين من الرضاع او امرأة وابنتها من الرضاع لانها عمتها او امرأة وابنة اختها من الرضاع لانها خالتها من الرضاع قوله لانه
لا قرابة بينهما ولا رضاع يعني ان الموجب لاعتبار ذلك الاصل وهو حرمة الجمع بين امرأتين لو كانت كل منهما ذكرا حرم عليه الاخرى هو قيام القرابة المفترض وصلها
او الرضاع المفترض وصل متعلقه واحترامه حتى لا يجوز ان يجمع بين اختين من الرضاع او عمة او خالة وابنة اخيها او اخت من الرضاع وكذا كل محرمية
بسبب الرضاع وكلاهما منتف في الربيبة وزوجة الاب فكان تحريم الجمع بينهما قولا بلا دليل وهذا اعني مسئلة الجمع بين الربيبة وزوجة ابيها مما اتفق عليه الائمة
الاربعة وقد جمع عبد الله بن جعفر بين زوجة علي وبنته ولم ينكر عليه احد من اهل زمانه وهم الصحابة والتابعون وهو دليل ظاهر على الجواز اخرجه
الدارقطني عن قثم مولى ابن عباس قال تزوج عبد الله بن جعفر بنت علي وامرأة علي رضي الله عنه وذكره البخاري تعليقا قال جمع عبد الله بن جعفر بين ابنة علي وامرأة علي وتعليقاته
صحيحة قال ابن سيرين لا بأس به وكرهه الحسن مرة ثم قال لا بأس به وقد سنا قرنا بانه لا بأس ان يتزوج الرجل امرأة ويتزوج ابنه امها او بنتها لانه لا مانع وقد تزوج محمد ابن الحنفية
الرجل امرأة وزوج ابنه بنتها قوله ومن زنا بامرأة حرمت عليه امها وان علت وقد علم الجدات بناء على ما قدمه من الام هي الاصل لغة وابنتها وان سفلت
وكذا التحريم المذكور بها على آباء الزاني واجداده وان علوا وابنائه وان سفلوا هذا اذا لم يفضها الزاني فان افضاها لا تثبت هذه الحرمات لعدم تيقن كونه في الفرج
الا اذا حبلت وعلم كونه منه وعن ابي يوسف اكره له الام والبنت وقال محمد التنزه احب الي ولكن لا افرق بينه وبين امها وقد يقال اذا كان المس بشهوة
تنتشر بها الآلة محرما يجب القول بالتحريم اذا افضاها ان لم ينزل وان انزل فعلى الخلاف الآتي وان انتشر معه او زاد انتشاره كما في غيره والجواب ان العلة
هو الوطء السبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس الا لكونه سببا لهذا الوطء ولم يتحقق في صورة الافضاء ذلك اذ لم يتحقق كونه في القبل لا بد من كونها
مشتهاة حالا او ماضيا وعن ابي يوسف اذا وطئ صغيرة لا تشتهى تثبت الحرمة قياسا على العجوز الشوهاء ولهما ان العلة وطء سبب للولد وهو منتف في الصغيرة
التي لا تشتهى بخلاف الكبيرة بجوازه وقوعه لابراهيم وزكريا عليهما السلام وكان يقول الامكان العقلي ثابت فيهما والعادي منتف عنهما فتساويا ولم يتعلق
مع خلاف العادة لا توجب ان الثبوت العادي ولا يخرجان العادة عن النفي ولا يتعلق بالوطء في الدبر حرمة خلافا لما عن الاوزاعي واحمد ووجه ما تضمنه
المذكور ويقولنا قال مالك في رواية واحمد خلافا للشافعي ومالك في اخرى وقولنا قول عمر وابن مسعود وابن عباس في الاصح وعمران بن حصين وجابر

ولنا ان الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطء محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا

وابي وعائشة وجمهور التابعين كالبصري والشعبي والنخعي والاوزاعي وطاوس وعطاء ومجاهد وعطاء وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وحماد والثوري واسحق بن راهويه ولو ولدت منه بنتا بان زنى ببكر وامسكها حتى ولدت بنتا حرمت عليه هذه البنت لانها بنته حقيقة وان لم ترث ولم تجب نفقتها عليه ولم تصر امهاتها امهات اولاد لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش فان المراد الولد الذي تترتب عليه احكام الشرع الا ان حكم الحرمة عارضة فيه قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والمخلوقة من مائه بنته حقيقة لغة ولم يثبت نقل في اسم البنت والولد شرعا والاتفاق على حرمة الابن من الزنى على امه فعلمنا ان حكم الحرمة ما اعتبر فيه جهة الحقيقة ثم هو الجاري على المعهود من الاحتياط في امر الفروج وبحرمة البنت من الزنى قال مالك في المشهور واحمد خلافا للشافعي وعلى هذا الخلاف اخته من الزنى وبنت اخيها وابنه منه بان زنى ابوه او اخوه او اخته او ابنه فاولدوا بنتا فانها تحرم على الاخ والعم والخال والجد وقوله ظاهر من الكتاب قوله ولنا ان الوطء سبب الحرمة اعلم بان الدليل يتم بان يقال هو وطء سبب للولد فيتعلق به التحريم قياسا على الوطء الحلال بناء على الغاء وصف الحل في المناط وهو يعتبره وهذا منشأ الافتراق ونحن نبين الغاءه شرعا بان وطء الامة المشتركة وجارية الابن والمكاتبة والمظاهر منها وامته المجوسية والحائض والنفساء ووطء المحرم والصائم كله حرام وتثبت به الحرمة المذكورة فعلم ان المعتبر هو الاصل هو ذات الوطء من غير نظر لكونه حلالا او حراما وما رواه من قوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم الحرام الحلال غير مجرى على ظاهره ارأيت لو بال او صب خمرا في ماء قليل مملوك له لم يكن حراما مع انه يحرم استعماله فيجب كون المراد ان الحرام لا يحرم باعتبار كونه حراما ونحن نقول بموجبه اذ لم نقل باثبات الزنى حرمة المصاهرة باعتبار كونه زنا بل باعتبار كونه وطأ هذا لو صح الحديث لكن حديث ابن عباس ضعيف بعثمان بن عبد الرحمن الوقاصي على ما طعن فيه يحيى بن معين بالكذب وقال البخاري والنسائي وابو داود ليس بشيء وذكره عبد الحق عن ابن عمر ثم قال في اسناده اسحق بن ابي فروة وهو متروك وحديث عائشة ضعيف بان من كلام بعض قضاة العراق قاله الامام احمد وقيل من كلام ابن عباس رضي وخالفه كبار الصحابة وقد استدل بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء بناء على ان المراد بالنكاح الوطء اما لانه الحقيقة اللغوية او مجاز يجب الحمل عليه بالقرينة قوله تعالى انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا وانما الفاحشة الوطء لا العقد بمجرده ويمكن منع هذا بل نفس لفظ الذي وضعه الشارع لاستباحة الفروج اذا ذكر لاستباحة ما حرم الله من منكوحات الآباء اي المعقود عليهن لهم سببا جعله الله قبيحا وقد منا للعلماء اعتبار الآية دليلا على تحريم المعقود عليها للاب وقد روى اصحابنا احاديث فيه منها قال رجل يا رسول الله اني زنيت بامرأة في الجاهلية افانكح ابنتها قال لا ارى ذلك ولا يصلح ان تنكح امرأة تطلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها وهو مرسل منقطع وفيه ابو بكر بن عبد الرحمن بن ام حكيم ومن طريق ابن وهب عن ابي يوسف عن ابن جريج ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي يتزوج المرأة فيغمز لا يزيد على ذلك ابنتها وهو مرسل ومنقطع الا ان هذا لا يقدح عندنا اذا كانت الرجال ثقات فالحاصل ان المنقولات تكافأت وقوله نعمة فلا تنال بالمحظور مغلطة فان النعمة ليست التحريم من حيث هو تحريم لانه تضييق ولذا اتسع الحل لرسول الله صلى الله عليه وسلم من الله سبحانه بل من حيث هو مترتب على المصاهرة وتحقيقه النعمة هي المصاهرة لانها هي التي تصير الاجنبي قريبا عضدا وساعدا يهمه ما اهمك ولا مصاهرة بالزنا فالصهر زوج البنت مثلا لا من زنى ببنت الانسان فانتفى الصهرية وفائدتها ايضا اذ الانسان ينفر من الزاني ببنته فلا يتعرف به بل يعاديه فانى ينتفع به فالمرجع القياس وقد بينا فيه الغاء وصف الزائد على كونه وطأ وظهر ان حديث الجزئية واضافة الولد الى كل منهما كملا لا يحتاج اليه في تمام الدليل الا ان الشيخ رحمه الله ذكره بيانا لحكمة العلة يعني ان الحكمة في وجوب الحرمة بهذا الوطء كونه سببا للجزئية بواسطة الولد المضاف الى كل منهما كملا وهو ان الفصل فلابد من اختلاط مادة ولا يخفى ان الاحتياط

ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها

او حكماً تحقيقاً الى الولد الا انه تثبت الحرمة بوطء غير معلق اذ الواقع خلافه فتضمنت جزءه والاستمتاع بالجزء حرام لقوله صلى الله عليه وسلم ناكح اليد ملعون الا في موضع الضرورة وهي المنكوحة والا لاستلزم البقاء تحرز عنها لتفتيش عنه الاموال النساء واذا تضمنت جزءه صارت امهاتها كامهاته وبناتها كبناته فيحرمن عليه كما تحرم امهاته وبناته حقيقة ونقول هو لا وجدان بالانفصال لا تنقطع نسبة الجزئية وهي المدار وعند عدم العلوق غايته ما يلزم كون المظنة خالية عن الحكمة وذلك لا يمنع التعليل كالملك المترفه قوله ومن مسته امرأة بشهوة اي بدون حائل او بحائل رقيق يصيب حرارة البدن الى اليد وقيل المدار وجود الحجم وفي مس الشعر روايتان ونقل فيه اختلاف المشايخ ومس المرأة كذلك ويشترط كونها مشتهاة حالاً او ماضياً فلو مس عجوزا بشهوة او جامعها تثبت الحرمة وكذا اذا كانت صغيرة تشتهى قال ابن الفضل بنت تسع مشتهاة من غير تفصيل وبنت خمس فما دونها لا بلا تفصيل وبنت ثمان وسبع اوست ان كانت عبلة كانت مشتهاة والا فلا وكذا يشترط في الذكر حتى لو جامع ابن اربع سنين زوجة ابيه لا تثبت حرمة المصاهرة وهذا او بعدنا من قريب لا فرق في ثبوت الحرمة بالمس بين كونه عامداً او ناسياً او مكرهاً او مخطئاً حتى لو ايقظ زوجته ليجامعها فوصلت يده الى بنت منها فقرصها بشهوة وهي ممن تشتهى يظن انها امها حرمت عليه الام حرمة مؤبدة ولك ان تصورها من جانبها بان ايقظته هي كذلك فقرصت ابنها منه وقوله بشهوة في موضع الحال فيفيد اشتراط الشهوة حال المس فلو مس بغير شهوة ثم اشتهى عن ذلك المس لا تحرم عليه وما ذكر في حد الشهوة من ان الصحيح ان تنتشر الآلة او تزداد انتشاراً هو قول السرخسي ره وشيخ الاسلام وكثير من المشايخ لم يشترطوا سوى ان يميل قلبه ويشتهي جماعها وفرع عليه ما لو انتشر فطلب امرأته فاولج بين فخذي بنتها خطأ لا تحرم عليه الام ما لم يزدد الانتشار ثم هذا الحد في حق الشاب اما الشيخ والعنين فحدهما تحرك قلبه او زيادة تحركه ان كان متحركاً لا مجرد ميلان النفس فانه يوجد فيمن لا شهوة له اصلاً كالشيخ الفاني والمراهق كالبالغ حتى لو مس واقر انه بشهوة تثبت الحرمة عليه وكان ابن مقاتل لا يفتي بالحرمة على هؤلاء لانه لا يعتبر الا تحرك الآلة ثم وجود الشهوة من احدهما كاف ولم يحدوا الحد المحرم منها في حق الحرمة واقله تحرك القلب على وجه يشوش الخاطر هذا وثبوت الحرمة بمسها مشروط بان يصدقها او يقع في اكبر رأيه صدقها وعلى هذا ينبغي ان يقال في مسه اياها لا تحرم على ابيه وابنه الا ان يصدقاه او يغلب على ظنهما صدقه ثم رأيت عن ابي يوسف ره انه ذكر في الامالي ما يفيد ذلك قال امرأة قبلت ابن زوجها وقالت كان عن شهوة ان كذبها الزوج لا يفرق بينهما ولو صدقها وقعت الفرقة ووجب نصف المهر ان كان قبل الدخول ويرجع به على الابن ان تعمد الفساد ولو وطئها الابن حتى وقعت الفرقة ووجب نصف المهر لا يرجع على الابن لانه وجب الحد بهذا الوطء فلا يجب المهر وتقبل الشهادة على الاقرار باللمس والتقبيل بشهوة ولو اقر بالتقبيل وانكر الشهوة ولم يكن انتشار في بيوع الاصل والمنتقى يصدق وفي مجموع النوازل لا يصدق لو قبلها على الفم قال صاحب الخلاصة وبه كان يفتي الامام خالي ره وقال القاضي الامام يصدق في جميع المواضع حتى الثدي في المرأة اذا اخذت ذكر الختن في الخصومة فقالت كان عن غير شهوة انها تصدق انتهى ولا اشكال في هذا فان وقوعه في حالة الخصومة ظاهر في عدم الشهوة بخلاف ما اذا قبلها منتشراً فانه لا يصدق في دعوى عدم الشهوة والحاصل انه اذا اقر بالنظر وانكر الشهوة صدق بلا خلاف وفي المباشرة اذا قال بلا شهوة لا يصدق بلا خلاف فيما اعلم وفي التقبيل اذا انكر الشهوة اختلف فيه قيل يصدق لانه لا يكون عن شهوة غالباً الا ان يظهر خلافه بالانتشار ونحوه وقيل لا يقبل وقيل بالتفصيل بين كونه على الرأس والجبهة والخد فيصدق او على الفم فلا والارجح هذا الا ان الخد يرى الحاقه بالفم ويحمل ما في الجامع في باب فيمن يقام عليه البينة ان هذا المدعي تزوج امها او قبلها او لمسها بشهوة على ان قوله بشهوة قيد في اللمس والقبلة بناء على ارادة القبلة على الفم ونحوه او في اللمس

وقال الشافعي لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة
له ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال
فلا يلحقان به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطي فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس
بشهوة ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا
عند اتكائها ولو مس فانزل فقد قيل انه يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه بالانزال تبين انه غير مفض
الى الوطي وعلى هذا اتيان المرأة في الدبر واذا طلق امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها

فقط ان ادعى غير الفم ونحوه والاصل ان الدعوى اذا وقعت لظاهر قبلت والا ردت فرأى الفضلي وفي المحيط لو كان لرجل جارية فقال وطئتها
لا تحل لابنه وان كانت في غير ملكه تحل لابنه ان يكذبه لان الظاهر يشهد له **قوله وقال الشافعي لا تحرم** قيل عليه ان ثبوت خلافه مستفاد من المسألة السابقة
بطريق اولى فلا حاجة الى نقله مرة اخرى حيث ان المس المتكلم فيه مفروض في الحلال وان كان لا تفاوت عندنا بين المس الحلال والحرام وثبوت خلافه
في المس الحلال لا يتوقف عليه بالسابقة وجوابه من فرض كون الخصوص متعلقا في شرح المجمع حيث قال المراد بالمرأة المنظورة الممسوسة التي فيها خلاف
الشافعي الاجنبية لانه اما ان يراد المنكوحة او الاجنبية او الامة لا سبيل الى الاول لان ام المنكوحة حرمت بالعقد وبنتها بالنظر والمس لان حرمتها جميعا
بالنظر والمس فلا يستقيم في المنكوحة الا فائدة تحريم الربيبة دون الام ولا سبيل الى الاجنبية لان الدخول بها لا يوجب حرمة المصاهرة عند الشافعي
قوله والمعتبر النظر الى الفرج الداخل وعن ابي يوسف النظر الى منابت الشعر يحرم وقال محمد ينظر الى الشق وجه ظاهر الرواية ان هذا الحكم تعلق بالفرج
والداخل فرج من كل وجه والخارج فرج من وجه والاحتراز عن النظر الى الفرج الخارج متعذر فسقط اعتباره انتهى وللقائل ان يمنع الثاني
ويقول في الاول قد تقدم للمصنف في فصل الغسل من اول الكتاب ما اذا نقل نظيره الى هنا كان هذا التعليل موجبا للحرمة بالنظر الى الخارج وهو قوله
ولنا انه متى وجب من وجه فالاحتياط في الايجاب والموضع الذي نحن فيه موضع الاحتياط وقد يجاب بان نفس الحكم هو التحريم بالمس ثبت بالاحتياط
فلا يجب الاحتياط في الاحتياط فروع النظر من وراء الزجاج الى الفرج محرم بخلاف النظر في المرآة ولو كانت في الماء فنظر فيه فرأى فرجها فيه ثبتت
الحرمة ولو كان هو على الشط فنظر في الماء فرأى فرجها لا يحرم كان العلة والله اعلم ان المرئي في المرآة مثاله لا هو وبهذا عللوا الحنث فيما اذا حلف
لا ينظر الى وجه فلان فنظره في المرآة والماء وعلى هذا فالتحريم به من وراء الزجاج بناء على نفوذ البصر منه فيرى نفس المرئي بخلاف المرآة ومن الماء وهذا ينفي
كون الابصار من المرآة والماء بواسطة انعكاس الاشعة والا لرآه بعينه بل بانطباع مثل الصورة فيهما بخلاف المرئي في الماء لان البصر ينفذ فيه اذا كان صافيا
فيرى نفس ما فيه وان كان لا يراه على الوجه الذي هو عليه ولهذا كان له الخيار اذا اشترى سمكة رآها في الماء بحيث تؤخذ منه بلا حيلة وتحقيق سبب اختلاف المرئي في الماء
ثم شرط الحرمة بالنظر او المس ان لا ينزل فان انزل فقال الأوزجندي فيه يثبت لان بمجرد المس بشهوة تثبت الحرمة والانزال لا يوجب رفعها بعد الثبوت والمختار
لا تثبت كقول الصدر شمس الائمة والبزدوي بناء على ان الامر موقوف حال المس الى ظهور عاقبته ان ظهر انه لم ينزل حرمت والا فلا والاستدلال اوضح في الكتاب
الا ان اقامة السبب اذ انيط الحكم بالسبب انما يكون لخفاء المسبب والا فهو تعليق بغير المناط لغير حاجة والاولى ادعاء كون المناط شرعا نفس الاستمتاع بمحل الولد النظر
واللمس نظرا الى ان الآثار جاءت بالحرمة في اللمس ونحوه وقد روي في الغاية السمعانية حديث ام هانئ عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من نظر الى فرج امرأة
بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وفي الحديث ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها وعن عمر رضي الله عنه انه جرد جارية ونظر اليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال اما
انها لا تحل لك وهذا ان تم كان دليل ابي يوسف في كون النظر الى منابت الشعر كافيا وعن ابن عمر قال اذا جامع الرجل المرأة او قبلها او لمسها بشهوة
او نظر الى فرجها بشهوة حرمت على ابيه وابنه وحرمت عليه امها وابنتها وعن مسروق انه قال بيعوا جاريتي هذه اما اني لم اصب منها الا ما يحرمها على ولدي من المس
والقبلة **قوله لم يجز له ان يتزوج باختها** حتى تنقضي عدتها وفي المبسوط لا تتزوج المرأة في عدة اختها من نكاح فاسد او جائز عن طلاق بائن قال الشافعي
ان كانت العدة عن طلاق بائن جاز وعلى هذا الخلاف تزوج اربع سوى المعتدة عن بائن وبقوله قال مالك وبقولنا قال احمد وهو قول علي وابن مسعود وابن
عباس رضي الله عنهم وزاد سليمان بن يسار عن زيد انه قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني ومجاهد والثوري والنخعي وروي عنه عن زيد بن ثابت ثم ان ابا يوسف ذكر في الاماني

حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطيها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا

رجوع زيد رضي الله عنه عن هذا القول وكذا ذكره الطحاوي رحمه الله وحكي ان مروان شاور الصحابة رضي الله عنهم في هذا واتفقوا على التفريق بينهما وخالفهم زيد ثم رجع الى قولهم وقال عبيدة ما اجتمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الاخت في عدة الاخت والمحافظة على اربع قبل الظهر ثم ان محل النزاع ما يتحقق به اصلا ان الطلاق الرجعي ما بعد انقضاء العدة فقاس البائن على الثاني بجامع انقطاع النكاح اعمالا للقاطع وهو الطلاق البائن بدليل على انقطاعه انه لو وطيها عالما بالحرمة حد وقسنا على الاول بجامع قياس النكاح بناء على منع انقطاعه بالكلية وهذا لانه ليس معنى قولنا النكاح قائم حال قيام العدة والزوجية فضلا عن حالة وقوع الطلاق الرجعي الا قيام احكامه الا ان لفظ تزوجت وزوجت تلاشيا بمجرد انقضائه فقيامه بعده ليس الا قيام حكمه الراجع الى الاختصاص استمتاعا واسكانا وقد بقي الاسكان والفراش في حق ثبوت النسب حال قيام عدة البائن فبقي النكاح من وجه واذا كان قائما من وجه حرم تزوج اختها واربع سواها من وجه فتحرم مطلقا الحاقا بالرجعي او بما لا يحصى من الاصول التي اجتمع فيها جهتا التحريم والاباحة مع وجوب الاحتياط في امر الفروج ويخص تزوج الاخت في عدة الاخت دلالة النص المانع من الجمع بين الاختين فانه علل فيه بالقطيعة وهي هنا اظهر والزم فان مواصلة اختها في حال حبسها بلا استمتاع اغيظ لها من مواصلتها مع مشاركتها في المتعة والفرع المستدل به على الانقطاع بالكلية ممنوع فان الحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق حيث قال فيه معتدة عن طلاق ثلث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا انكره ففيه دليل على انه لو ادعى نسبه ثبت ويستلزم ان الوطي في عدة الثلث ليس زنا مستعقبا لوجوب الحد والا لم يثبت نسبه فكان ذلك رواية في عدم الحد وان سلم كما في عبارة كتاب الحدود فغايته ما يفيد انقطاع الحل بالكلية وقد قلنا به على ما سنعرفه وانما قلنا اثر النكاح قائم من وجه وبه تحرم الاخت من وجه فيحرم مطلقا وفي المجتبى جواز نكاح الاخت في عدة الاخت يؤدي الى جمع مائه في رحم اختين لجواز العلوق بعد النكاح ويثبت في المعتدة النسب الى سنتين وهو ممتنع بالحديث انتهى يعني قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين ومثله لو علقت المطلقة قبل الطلاق ثم دخل باختها بعده يلزم ما ذكرنا ايضا فروع الاول اذا اخبر المطلق عن المطلقة انها اخبرته ان عدتها انقضت فان كانت في مدة لا تحتمل المدة او لا لا يصح نكاح اختها الثاني لانه لا يقبل قولها ولا قوله الا ان يفسره بما هو محتمل من اسقاط سقط مستبين الخلق وفي الاول فيصح نكاح اختها سواء سكتت المخبر عنها او صدقته او كذبته او كانت غائبة وقال زفر اذا كذبته لا يصح نكاح اختها لانها امينة وقد قبل تكذيبها حتى استمرت نفقتها وثبت نسب ولدها اذا اتت به ومن ضرورة ثبوت النسب والنفقة القول بقيام العدة وهو يستلزم بطلان النكاح ولنا انه اخبر عن امر ديني بينه وبين الله تعالى وهو محتمل فيجب قبوله في الحال وتكذيبها لا ينفع الا في حقها فقلنا ببقاء النفقة بخلاف نكاح الاخت لا حق لها فيه فلا تقبل فيه ولا يستلزم الحكم بالنفقة الحكم شرعا بقيام العدة والفراش كالاختين المملوكتين بخلاف ما اذا ولدت فان من ضرورة القضاء بثبته الحكم باسناد العلوق فيتيقن بكذبه ثم قال في الاصل هنا ان مات لم ترثه وكان الميراث للاخرى وذكر في كتاب الطلاق الميراث للاولى دون الاخرى ولكن وضع المسئلة فيما اذا كان مريضا حين قال اخبرتني ان عدتها انقضت وكذبته وانما يتحقق اختلاف الروايات في حكم الميراث اذا كان الطلاق رجعيا فاما البائن وهو في الصحة فلا ميراث للاولى وان لم يخبر الزوج بها وفي كتاب الطلاق لما وضع المسئلة في المريض وكان قد تعلق حقها بماله لم يقبل قوله في ابطال حقها بانقضاء نفقتها وههنا وضعها في الصحيح ولا حق لها في ماله فكان قوله مقبولا في ابطال ارثها وصحح ان يقبول ذلك اخبار ان الواقع منه كان بائنا فكانه طلقها بائنا في صحته فلا ميراث لها ولو ابانها في مرضه كان لها الميراث وقيل هذا قول ابي حنيفة لان عندهما يجوز جعل الرجعي بائنا خلافا لمحمد ومتى كان الميراث للاولى فلا ميراث

ولا تتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها لان النكاح ما شرع الا مثمرا لثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة ويجوز تزوج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين ان شاء الله

للثانية الثاني لو اعتق ام ولده لم يحل له تزوج اختها حتى تنقضي عدتها ويحل له تزوج اربع سواها عنده وعندهما تحل للاخت ايضا قياسا على تزوج الاربع وان حقيقة الملك لما لم تمنع فكيف بالعدة وانما هي اثره وابو حنيفة رح يفرق لضعف الفراش قبل العتق وقوته بعده الا ترى انه كان يمكن من تزوجها قبله لا بعده فصورته تزوج حتى تنقضي فلو تزوج اختها بعد العتق كان مستلحقا النسب لدى اختين في زمان واحد وهو لا يجوز وهذا مفقود في الاربع سواها او غاية ما يجتمع بينهن فرش الخمس الثالث لزوج المرتدة اذا لحقت بدار الحرب تزوج اختها قبل انقضاء عدتها كما اذا ماتت لانه لا عدة عليها من المسلم المتباين فان عادت مسلمة بعد تزوج الاخت وقبله ففي الاول لا يفسد نكاح الاخت لعدم عود العدة وعند ابي يوسف تعود العدة وفي ابطال نكاح اختها عنه روايتان وفي الثاني كذلك عند ابي حنيفة لان العدة بعد سقوطها لا تعود بلا سبب جديد وعنه انه ليس له تزوج الاخت وعودها مسلمة يصير شرعا لحاقها كالغيبة الا ترى انه يجاز اليها ما لها فتعود معتدة قوله

ولا تتزوج المولى امته ولو ملك بعضها ولا المرأة عبدها وان لم يملك سوى سهم واحد منه وقد حكى في شرح الكنز الاجماع على بطلانه وحكى غيره فيه خلاف الظاهرية

قوله لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين اي في الملك فمنها ما يختص هي بملكه كالنفقة والسكنى والقسم والمنع من العزل الا باذن ومنها ما يختص هو بملكه كوجوب التمكين والقرار في المنزل والتحصن عن غيره ومنها ما يكون الملك في كل منها مشتركا كالاستمتاع مجامعة ومباشرة وما لو ادعى حق الاضافة والمملوكية تنافي المالكية فقد نافت لازم عقد النكاح ومنافي اللازم مناف للملزوم ولا وجه اذا تاملت تعدد هذا التقرير للسؤال القائل يجوز كونها مملوكة من وجه الرق مالكة من جهة النكاح لان الغرض ان لازم النكاح ملك كل واحد لما ذكرنا من تلك الامور على الخصوص والرق يمنعه من غير النفقة فنافاه ولو اشترت زوجها او شيئا منه فسد النكاح ويسقط المهر كما لو داين عبدا ثم اشتراه سقط الدين لانه لا يثبت للمولى على عبده دين ويجوز تزوج الكتابيات والاولى ان لا يفعل ولا يأكل ذبيحتهم الا لضرورة وتكره الكتابية الحربية اجماعا لانفتاح باب الفتنة من امكان التعلق المستدعي للمقام معها في دار الحرب وتعريض الولد على التخلق باخلاق اهل الكفر وعلى الرق بان تسبى وهي حبلى فيولد رقيقا وان كان مسلما والكتابي من يقر بنبي ويؤمن بكتاب والسامرية من اليهود واما من آمن بزبور داود وصحف ابراهيم وشيث فهم اهل كتاب تحل مناكحتهم عندنا ثم قال في المستصفى قالوا هذا يعني الحل اذا لم يعتقد المسيح الها اما اذا اعتقده فلا وفي مبسوط شيخ الاسلام ويجب ان لا يأكلوا ذبائح اهل الكتاب اذا اعتقدوا ان المسيح اله وان عزيرا اله ولا يتزوجوا نساءهم وقيل عليه الفتوى ولكن بالنظر الى الدلائل ينبغي ان يجوز الاكل والتزوج انتهى وهو موافق لما في رضاع مبسوط شمس الائمة في ذبيحة النصراني حلال مطلقا سواء قال بثالث ثلاثة او لا وهو موافق لاطلاق ما في الكتاب هنا والدليل وهو قوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فسره بالعفائف احترازا عن تفسير ابن عمر بالمسلمات ولذلك منع ابن عمر رض من تزوج الكتابية مطلقا لانه رآها من المشركة قال تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى ان قال سبحانه وتعالى عما يشركون قلنا وقد قيل ان القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقرضوا لا كلهم مع ان مطلق لفظ المشرك اذا ذكر في لسان الشارع لا ينصرف الى اهل الكتاب وان صح لغة في طائفة بل طوائف واطلق لفظ الفعل اعني يشركون على فعلهم كما ان من راءى بعمله من المسلمين فلم يعمل الا لاجل زيد يصح في حقه انه مشرك لغة ولا يتبادر عند اطلاق الشارع لفظ المشرك ارادته لما عهد من ارادته به من عبد مع الله غيره ممن لا يدعي اتباع نبي وكتاب ولذلك عطفهم عليه في قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين منفكين ونص على حلهم بقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم اي العفائف منهن وتفسير المحصنات بالمسلمات يفيد ان المعنى احل لكم المسلمات

ولا يجوز تزوج المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم **قال** ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن

من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فان كن قد انقرضن فلا فائدة اذ لا يتصور الخطاب بحل الاموات للمخاطبين الاحياء وان كن احياء ودخلن في دين سيدنا ونبينا محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحل ح معلوم من حكم المسلمات المعلوم بالضرورة من الدين بل ويدخلن في المحصنات المعطوف عليه مع قوله والمحصنات من المومنات ثم يصير المعنى فيه والمسلمات من المومنات وهو بعيد في عرف استعمالهم بخلاف تفسيره بالعفائف ثم المراد من ذكره بعث الامتنان على التخير لتلك المنة لا ان العفة ليست شرطا في المومنات اتفاقا وان لم يدخلن فهو عين الدليل حيث ابيح الكتابيات الباقيات على ملتهن ولو سلم فهي منسوخة اعني ولا تنكحوا المشركات نسخت في حق اهل الكتاب المثلثين وغيرهم بآية المائدة وبقي من سواهم تحت المنع ذكره جماعة من اهل التفسير لان سورة المائدة كلها لم ينسخ منها شيء قط على ان تفسير المحصنات بالمسلمات ليس من اللغة بل هو تفسير ارادة لا لغة ويدل على الحل تزوج بعض الصحابة منهم وخطبة بعضهم فمن المتزوجين حذيفة وطلحة وكعب بن مالك وغضب عمر رضي الله تعالى عنه فقالوا نطلق يا امير المومنين وانما كان غضبه لمخالطة الكافرة وخوف الفتنة على الولد لانه في صغره الزم لامه وشدة قول مالك فانه يصير كشارب الخمر وهو يقبل ويضاجع لا لعدم الحل الا ترى الى قولهم نطلق يا امير المومنين ولم ينكر عليهم ذلك هو ولا غيره ولو لم يصح لم يتصور طلاق حقيقة ولا توقف الى زمنه وخطب المغيرة هندا ابنة النعمن بن المنذر وكانت تنصرت وديرها باق الى اليوم بظاهر الكوفة وكانت قد عميت فابت وقالت اي رغبة لشيخ اعور في عجوز عمياء ولكن اردت ان تفتخر بنكاحي فتقول تزوجت بنت النعمن بن المنذر فقال صدقت وانشأ يقول

ادركت ما منيت نفسي خاليا ... لله درك يا ابنة النعمان
فلقد رددت على المغيرة ذهنه ... ان الملوك ذكية الاذهان

في ابيات وكانت بعد ذلك تدخل عليه فيكرمها ويسألها عن حالها فقالت

بينا نسوس الناس والامر امرنا ... اذا نحن فيهم سوقة نتنصف
فاف لدنيا لا يدوم نعيمها ... تقلب تارات بنا وتصرف

نتنصف اي نتخدم والمنصف الخادم فاذا كان الامر على ما قررناه فلا جرم ان ذهب عامة المفسرين الى تفسير المحصنات بالعفائف ثم ليست العفة شرطا بل هو للعادة او للندب ان لا تتزوجوا غيرهن كما اشير اليه آنفا والائمة الاربعة على حل الكتابية الحرة واما الامة الكتابية فكذلك عندنا وسيأتي الخلاف فيها **قوله** ولا يجوز تزوج المجوسيات عليه الائمة الاربعة ونقل الجواز عن داود وابي ثور ونقله اسحق في تفسيره عن علي رضي الله عنه بناء على انهم من اهل الكتاب فوقع ملكهم على اخته ولم ينكر وعليه فاسري بكتابهم فنسوه وليس هذا الكلام بشيء لانا نعني بالمجوس عبدة النار فكانهم كان لهم كتاب ولا الا ترى ان الحاصل انهم الآن لا يعلمون كتابا وهذا ينفي من منع كونهم من اهل الكتاب بانه يخالف قوله تعالى انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا من غير تعقيب بانكار وعدهم المجوس يقتضي انهم ثلث طوائف وبتقدير التسليم فبالرفع والنسيان اخرجوا عن كونهم اهل كتاب يدل على اخراجهم الحديث المذكور وهو ما اخرجه عبد الرزاق وابن ابي شيبة عن قيس بن مسلم عن الحسن بن محمد بن علي ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر يعرض عليهم الاسلام فمن اسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم قال ابن القطان هو مرسل ومع ارساله فيه قيس بن مسلم وهو ابن الربيع وقد اختلف فيه وهو ممن ساء حفظه بالقضاء ورواه ابن سعد في الطبقات من طريق ليس فيهما عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر الى ان قال بان لا تنكح نساؤهم ولا تؤكل ذبائحهم وفي سنده الواقدي وروى مالك في موطاه عن جعفر بن محمد عن ابيه ان عمر بن الخطاب ذكر المجوس فقال ما ادري ما اصنع في امرهم فقال عبد الرحمن بن عوف اشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب انتهى وسياتي باقي ما فيه من الكلام في باب الجزية ان شاء الله تعالى **قوله** ولا الوثنيات وهي بالاجماع ويدخل في عبدة الاوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التي استحسنوها والمعطلة والزنادقة والباطنية والاباحية وفي شرح الوجيز وكل مذهب يكفر به معتقده لان اسم المشرك يتناولهم جميعا وقال الرستغفني لا يجوز المناكحة بين اهل السنة والاعتزال والفضلي ولا من قال انا مومن ان شاء الله لانه كافر ومقتضاه منع مناكحة

ويجوز تزوج الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم

الشافعية واختلف فيهما كذا قيل يجوز وقيل تزوج بنتهم ولا يتزوجهم بنته ولا يخفى ان من قال انا مؤمن ان شاء الله تعالى فانما يريد ايمان الموافاة
يصرحون بهذا المعنى الذي يقبض عليه العبد اذ اخبار عن نفسه بفعل في المستقبل او استصحابه اليه فيتعلق به قوله تعالى ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا
الا ان يشاء الله وعلى هذا فيكون ان شاء الله بهذا شرطا لا كما يقال انه للتبرك وكيف كان لا يقتضي ذلك كفرا غير انه عندنا خلاف الاولى لان
تعويد النفس بالجزم في مثله ليصير ملكة خير من ادخال حادة التردد في انه هل يكون مؤمنا عند الموافاة او لا واما المعتزلة فمقتضى
الوجه حل مناكحتهم لان الحق عدم تكفير اهل القبلة وان وقع الزاما في المباحث بخلاف من خالف القواطع المعلومة بالضرورة من الدين مثل القائل بقدم
العالم ونفي العلم بالجزئيات على ما صرح به المحققون واقول وكذا القول بالايجاب بالذات ونفي الاختيار فرع تجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس
بمعنى تزوج اليهودي نصرانية او مجوسية والمجوسي يهودية او نصرانية لانهم اهل ملة واحدة من حيث الكفر وان اختلفت نحلهم فتجوز مناكحة بعضهم بعضا كاهل
المذاهب من المسلمين فرع اجاز سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وعمرو بن دينار وطء المشركة والمجوسية بملك اليمين لورود الاطلاق في سبايا العرب
كاوطاس وغيرها وهن مشركات والمذهب وعندنا وعند عامة اهل العلم منع ذلك لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات فاما ان يراد الوطء او كل منه ومن العقد
بناء على انه مشترك في سياق النفي او خاص في الضم وهو ظاهر في الامرين ويمكن كون سبايا اوطاس اسلمن **قوله** ويجوز تزوج الصابيات ان كانوا يؤمنون
بدين نبي ويقرون بكتاب وان عظموا الكواكب كتعظيم المسلم الكعبة بهذا فسرهم ابو حنيفة فبنى عليه الحل وفسرا بعبدة الكواكب فبنيا عليهم الحرمة وقيل فيهم طائفتان
وقيل فيهم غير ذلك فلو اتفق على تفسيرهم اتفق على الحكم فيهم **قوله** وللمحرم والمحرمة ان يتزوجا حالة الاحرام وفيه خلاف الثلاثة وتزويج الولي المحرم مولاته على هذا الخلاف
تمسكوا بقوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح رواه الجماعة الا البخاري عن ابان بن عثمان بن عفان قال سمعت ابي عثمن يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا ينكح المحرم ولا ينكح زاد مسلم وابو داود ولا يخطب وزاد ابن حبان في صحيحه ولا يخطب عليه وفي موطا مالك عن داود بن الحصين ان ابا غطفان المري ان اباه طريفا
تزوج امراة وهو محرم فرد عمر بن الخطاب نكاحه ولنا ما رواه الائمة الستة في كتبهم عن طاوس عن ابن عباس رض قال تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم
ميمونة وهو محرم فزاد البخاري وبنى بها وهو حلال وماتت بسرف وذكره ايضا عنه ولم يصل سنده به قال تزوج النبي صلى الله عليه وسلم ميمونة في عمرة
القضاء واما عن يزيد بن الاصم انه تزوجها وهو حلال لم يقو قوة هذا فانه مما اتفق عليه الستة وحديث يزيد لم يخرجه البخاري ولا النسائي وايضا
لا يقاوم بابن عباس رض حفظا واتقانا ولذا قال عمرو بن دينار للزهري وما يدري ابن الاصم اعرابي كذا وكذا لشيء قاله اتجعله مثل ابن عباس رض وما روي
عن ابي رافع عنه صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال وبنى بها وهو حلال وكنت انا الرسول بينهما لم يخرج في واحد من الصحيحين وان روي في صحيح ابن حبان
فلم يبلغ درجة الصحة ولذا لم يقل الترمذي فيه سوى حديث حسن قال ولا نعلم احدا اسنده غير حماد عن مطر وما روي عن ابن عباس رض انه صلى الله عليه وسلم
تزوج ميمونة وهو حلال فمنكر عنه لا يجوز النظر اليه بعد ما اشتهر بعد ان كاد ان يبلغ اليقين عنه في خلافه وكذا بعد ان اخرج الطبراني ذلك عارضه
بان اخرجه عن ابن عباس رض من خمسة عشر طريقا انه تزوجها وهو محرم وفي لفظ وهما محرمان وقال هذا هو الصحيح وما اول به حديث ابن عباس رض بان
المعنى وهو في الحرم فانه يقال انجد اذا دخل ارض نجد واحرم اذا دخل ارض الحرم بعيد ويبعده حديث البخاري تزوجها وهو محرم وبنى بها وهو حلال
والحاصل انه قام ركن المعارضة بين حديث ابن عباس وحديثي يزيد بن الاصم وابان بن عثمان وحديث ابن عباس اقوى منهما سندا فان رجحنا باعتباره كان
الترجيح معنا ويعضده ما قال الطحاوي وروى ابو عوانة عن مغيرة بن ابي الضحى عن مسروق عن عائشة رض قالت تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض نسائه

لم يجز مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب
على ما وقع عنده وعلى هذا الحال ذبيحتهم **قال** ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي رحمه الله

وهو محرم قال ونقلة هذا الحديث كلهم ثقات يحتج برواياتهم انتهى وهذا الحديث اخرجه ايضا البزار قال السهيلي لما اردت نكاح ميمونة ولكنها لم يسمها وبقوة ضبط
الرواة وفقههم فان الرواة عن عثمان وغيره ليسوا كمن روى عن ابن عباس ذلك فقها وضبطا كسعيد بن جبير وطاوس وعطاء ومجاهد وعكرمة وجابر
بن زيد وان تركناهما تساقطا للتعارض وصرنا الى القياس فهو معنا لانه عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها من شراء الامة للتسري وغيره ولا يمتنع شيء
من العقود بسبب الاحرام ولو حرم لكان غايته ان ينزل منزلة نفس الوطء واثره في افساد الحج لا في بطلان العقد نفسه ايضا لو لم يصح لبطل عقد المنكوحة
سابقا لطروء الاحرام لان المنافي للعقد يستوي فيه الابتداء والبقاء كالطاري على العقد وان رجحنا من حيث المتن كان معنا لان رواية ابن عباس نافية
ورواية يزيد مثبتة لما عرف ان المثبت هو الذي يثبت امرا عارضا على الحالة الاصلية والحل الطاري على الاحرام والنافي هو المبقيها الا انه يبقى طرو طاري
ولا شك ان الاحرام اصل بالنسبة الى الحل الطاري عليه ثم له كيفيات خاصة من التجرد ورفع الصوت بالتلبية فكان نفيا من جنس ما يعرف بدليله فيعارض
الاثبات ويرجح بخارج وهو زيادة قوة السند وفقه الراوي على ما تقدم هذا بالنسبة الى الحل اللاحق واما على ارادة الحل السابق على الاحرام كما في
بعض الروايات انه صلى الله عليه وسلم بعث ابا رافع مولاه ورجلا من الانصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة
قبل ان يحرم كذا في معرفة الصحابة للمستغفري فابن عباس مثبت ويزيد ناف ويرجح حديث ابن عباس ثالثا من ترجيح المثبت على النافي ولو جاز ذلك كان
يعني يزيد مما يعرف بدليله لان حالة الحل تعرف ايضا بالدليل وهي هيئة الحلال فالترجيح بما قلنا من قوة السند وفقه الراوي لا اذا ثبت مما ان وقفنا
لدفع التعارض فيحمل لفظ التزويج في حديث ابن الاصم على البناء بها مجازا بعلاقة السببية العادية ويحمل قوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم اما على
نهي التحريم والنكاح للوطء والمراد بالجملة الثانية التمكين من الوطء والتذكير باعتبار الشخص اي لا تمكن المحرمة من الوطء زوجها والعجب ممن ضعف هذا
الوجه بان التمكين من الوطء لا يسمى نكاحا مع ان اللازم الانكاح لا النكاح والاستبعاد باختلال عربية فليس هو الواقع لان غاية ما فيه دخول لا
الناهية على المسند للغائب وهو جائز عند المحققين وان كان غيره اكثر وعلى النفي فيه التذكير وفيه تلك التاويل او على نهي الكراهة جمعا بين الادلة
وذلك لان المحرم في شغل عن مباشرة عقود الانكحة لان ذلك يوجب شغل قلبه عن الاحسان في العبادة لما فيه من خطبة ومراودات ودعوة واجتماعات
وتفضي تنبيه النفس لطلب الجماع وهذا محمل قوله ولا يخطب ولا يلزم كونه صلى الله عليه وسلم باشر المكروه لان المعنى المثبت للكراهة وهو ثمانية العبادة
والسلام منزه عنه ولا بعد في اختلاف حكم في حقنا وحقه لاختلاف المناط فينا وفيه كالوصال نهانا عنه وفعله قوله ويجوز تزويج الحر الامة مسلمة
كانت وكتابية الخ قيد الحر غير مفيد لان الشافعي لا يجيز للعبد المسلم الامة الكتابية وكان الصواب ان يقول وعن مالك واحمد لقوله وعنهما كقولنا قوله
تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات الاية استفيد منها عدة احكام عدم جواز نكاح الامة مطلقا عند طول الحرة بمفهوم الشرط وعدم
جواز نكاح الامة مطلقا حين عدم الضرورة وهي خشية العنت لقوله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم فاستنبطنا من قصر الحل على الضرورة معنى مناسبا وهو
ما في نكاح الامة من تعريض الولد على الرق الذي هو موت حكما وعدم جواز الامة الكتابية مطلقا بمفهوم الصفة في من فتياتكم المؤمنات
وايضا اذا لم تجز الامة الا للضرورة فالضرورة تندفع بالمسلمة وعندنا الجواز مطلق في حال الضرورة وعدمها في المسلمة والكتابية وعند طول الحرة وعدمه
لاطلاق المقتضي من قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء واحل لكم ما وراء ذلكم فلا يخرج منه شيء الا بما يوجب التخصيص ولم ينتهض ما ذكروه مخرجا اما اولا
فالمفهومان اعني مفهوم الشرط والصفة ليسا بحجة عندنا وموضعه الاصول واما ثانيا فبتقدير الحجية مقتضى المفهومين عدم الاباحة الثابتة عند

لا يجوز تزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي انه عليه السلام تزوج بميمونة وهو محرم وما رواه محمول على الوطي ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية

وجود القيد المبيح وعدم الاباحة الثابتة اعم من ثبوت الحرمة او الكراهة ولا دلالة للاعم على الاخص بخصوصه فيجوز ثبوت الكراهة عند عدم الضرورة وعند وجود طول الحرة كما يجوز ثبوت الحرمة على السواء والكراهة اقل فتعينت فقلنا بها وبالكراهة صرح في البدائع واما التعليل بعدم الحل عند عدم الضرورة بتعريض الولد على الرق لتثبت الحرمة بالقياس على اصول شتى او لتعيين احد فردي الاعم الذي هو عدم الاباحة وهو التحريم مرادا بالاسم فان عنوا ان فيه تعريض موصوف بالحرية على الرق سلمنا استلزامه للحرمة ولكن وجود الوصف ممنوع اذ ليس هنا متصف بحرية عرض للرق بل الوصفان من الحرية والرق يقارنان وجود الولد باعتبار امه ان كانت حرة فحر او رقيقة فرقيق وان ارادوا به تعريض الولد الذي سيوجد لان يقارن الرق في الوجود للارقاء فسلمنا وجوده ومنعنا تأثيره في الحرمة بل في الكراهة وبه الاباحة كان له ان لا يحصل الولد اصلا بنكاح الآئسة ونحوها فلان يكون له ان يحصل رقيقا بعد كونه مسلما اولى اذ المقصود بالذات من التناسل انما هو تكثير المقرين لله تعالى بالوحدانية والالوهية وما يجب ان يعترف له به وهذا ثابت بالولد المسلم الحر مع ذلك كما يرجع اكثر والى مرضى وقد جاز للعبد ان يتزوج امتين بالاتفاق مع ان فيه تعريض الولد على الرق في موضع الاستغناء عن ذلك لعدم الضرورة وكون العبد لا اثر له في ثبوت رق الولد فانه لو تزوج حرة كان الولد حرا والمانع انما يعقل كونه ذات الرق لانه هو الموجب للنقص الذي جعلوه محرما لا مع قيد حرية الاب يوجب استواء العبد والحر في هذا الحكم لو صح ذلك التعليل اعني تعليل الحرمة بالتعريض للرق ثم بعد وجود شرط تزوج الامة عند الشافعي من عدم وجود طول الحرة شرط الا تكون جارية ابنه اي ملكا للابن قال في خلاصتهم لو انه استولدها قبل النكاح صارت ام ولده فنزل ملك الولد منزلة ملكه وعندنا الملك للاب من وجه اصلا والمحرمية على الابن قوله ولا يتزوج امة على حرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة اخرج الدارقطني عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم طلاق العبد ثنتان الحديث الى ان قال وتتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة وفيه مظاهر بن اسلم ضعيف واخرج الطبري في تفسيره في سورة النساء بسنده الى الحسن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تنكح الامة على الحرة قال وتنكح الحرة على الامة قال وهذا مرسل الحسن ورواه عبد الرزاق عن الحسن ايضا مرسلا وكذا رواه ابن ابي شيبة واخرج عبد الرزاق انا ابن جريج اخبرني ابو الزبير انه سمع جابر بن عبد الله يقول لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الامة واخرج الحسن وابن المسيب نحوه واخرج ابن ابي شيبة عن علي رضي الله عنه لا تنكح الامة على الحرة واخرج عن ابن مسعود نحوه واخرج ابن ابي شيبة ثنا عبدة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب تتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة وعن مكحول نحوه فهذه آثار ثابتة عن الصحابة والتابعين تقوي الحديث المرسل لو لم تقل بحجيته فوجب قبوله ثم اعتضد باتفاق العلماء على الحكم المذكور وان اختلف طرق علمائهم فان الثلاثة اضافوا الى مفهوم قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا الآية وذلك ان تزوج الامة على الحرة يكون عند وجود طول الحرة فلا يجوز اتفاقا وقوله وهو حجة على الشافعي في اجازته ذلك للعبد يعني هو حجة عليه الا انا قمنا الدليل على جواز بل وجوب الاحتجاج بالمرسل بعد ثقة رجاله والشافعي يرى حجيته اذا اقترن باقوال الصحابة وهنا كذلك فانه قد ثبت ذلك عن علي وجابر على الاطلاق كما بينا وكذا يرى حجيته اذا افتى به جماعة من اهل العلم وهنا كذلك وهذا كله نص الشافعي في الرسالة فانه قال وان لم يوجد ذلك يعني تعدد المخرج نظر الى بعض ما يروى عن بعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا فان وجد ما يوافق ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت هذه دلالة على انه لم يرسل الا عن اصل صحيح ان شاء الله وكذا ان وجد عوام من اهل العلم يفتون بمثل معنى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انتهى وبه يخص قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم اذ قد اخرج منه ما قدمنا وفيه نظر فان اخراج المشركات المجوسيات بطريق النسخ على ما قالوا والمجوسيات مشركات والناسخ لا يصير العام به ظنيا فلا يخص بعده بخبر واحد وقياس

وقال الشافعي لا يجوز للحر ان يتزوج امة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف ولا يتزوج امة على حرة لقوله عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه ذلك برضاء الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في كتاب الطلاق ان شاء الله تعالى فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن او ثلاث لم يجز عند ابي حنيفة ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا ولابي حنيفة ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل غيرها في قسمها وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده

وما قيل انه مخصوص بحرمة الجمع بين الاختين فغلط لان قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم انما يتحقق اخراجه لانه ما تقدم ذكره مع المحرمات ثم قال واحل لكم ما وراء ذلكم اي ما وراء المذكورات فلم يتناول اصلا واذا كان كذلك والحديث مطلق فيشمل العبد فاخراجه يستدعي شيئا ولم يثبت او اضافة اخراجه الى تخصيص العلة التي هي انها موترة لحرمة النكاح للامة عند طول الحرة بغير العبد لم يثبت له وجه لما علمت انه بتقدير صحتها يجب استواء الحر والعبد فيها لان المعقول تاثير ذات الرق في المنع عند عدم الضرورة ووجود الطول قوله على مالك رح في تجويزه ذلك برضى الحرة فمالك يقول بحجته المرسل واخرج طريقه الى التابعي لكنه علله باغاظة الحرة بادخال ناقصة الحال عليها فاذا رضيت انتفى فالاجابة الى المنع فيجوز وهذا استنباط معنى تخصيص النص فان لم يكن منصوصا ولا مومي اليه كان تقديما للقياس على لفظ النص وهو ممنوع عندنا بل التغير في المنصوص عليه بتعيين النص لا المعنى ثم بتقدير جواز ذلك فتعليله بما ذكرته وهو تنصيف النعمة بالرق الذي ظهر اثره في الطلاق والعدة والقسم اولى فيكون المنع باعتبار التعليل للتنصيف في احوال نكاح الامة بيانه ان الحل الثابت في النكاح نعمة وتبين ان الرق منصف ما ذكرنا من متعلقات النكاح لما لم يمكن تنصيف نفس الحل على التحيل بل نصف الحل الذي هو تنصيف القسم اذ يحرم عليه الاستمتاع بها في غير ليلتها الا كمن فيظهر ان حكم هذا الحديث لارادة تنصيف الاحوال جريا على ما استقر منوطا بالرق وذلك ان لنكاحها حالتي الانضمام الى نكاح حرة سابقة والانفراد عنه فالتنصيف اذ كان امكان الحالتين قائما بتصحيح نكاحها في حالة دون حالة وتصحيح نكاح الحرة في الحالتين حالة الانفراد والانضمام الى امة سابقة ثم عين الشرع للمنع حالة الانضمام الى الحرة لما في اعتبار نقصها عن الحرة في كثير من الاحكام من مناسبة ذلك ولا يبعد ان تزداد غيظ الحرة زيادة معتبرة بدخال الناقصة عليها فلا اثر له لما انما يحصل من ادخال الحرة ايضا وعلى هذا التقرير يندفع عن الاصل ما يورد من ان الانضمام يصدق على ما اذا دخل الحرة ايضا على الامة فيلزم ان يفسد نكاح الامة بادخال الحرة عليها ويجاب بان الانضمام يقوم بالمتاخر لانه المنضم الى غيره ثم يتعلق بالمتقدم ومنهم من جعل منع ادخال الامة بالنص على خلاف القياس وتعليل الكرخي ان بنكاح الحرة يثبت لنسله حق الحرية وحق الحرية لا يجوز ابطاله بعد ثبوته فاما بمجرد طول الحرة قبل نكاحها فلا يثبت للنسل ذلك هذا واما حالة المقارنة وهو ان يتزوج حرة وامة في عقدة فيجتمع في الامة محرم ومبيح فتحرم واعلم ان التعليل في الاصل انما هو للقياس ويستدعي مما يلحق به منصوصا او مجمعا عليه فيمكن جعله ما تنصيف الطلاق والعدة قوله فان تزوج امة على حرة الخ وكذا المدبرة وام الولد قيد بالبائن لان في عدة الرجعي لا يجوز نكاح الامة اتفاقا وقولهما قول ابن ابي ليلى لان المحرم ليس الجمع ليمتنع في عدة البائن كالاخت في عدة الاخت بل المحرم ادخال الامة عليها بل تزوج الامة على الحرة وهو يتوقف لا يقال تزوج عليها لو تزوج بها وهي مبانة ولهذا لو حلف لا يتزوج على امرأته فتزوج وهي معتدة من بائن لم يحنث ولذا جاز نكاح الامة في عدة الحرة من نكاح فاسد او وطء شبهة ولابي حنيفة ان العدة لما كانت من آثار النكاح وباعتبار بقائها من وجه كان بالتزوج فيها متزوجا عليها من وجه فكان حراما لان الشبهة في المحرمات كالحقيقة احتياطا واما جواز نكاح الامة في عدة الحرة من نكاح فاسد فقيل انما هو قولهما لا قوله ولو سلم فالمنع لم يكن ثابتا بقيام النكاح الفاسد ليبقى ببقاء العدة بخلاف ما نحن فيه واما مسئلة اليمين فانما لا يحنث فيها للعلم بان المقصود من حلفه ان لا يتزوج عليها هو ان لا يدخل عليها شريكة في القسم ولان العرف ان لا يسمى تزوجا عليها بعد الابانة الا اذا كان منها من كل وجه لكمال قيام العصمة قوله من الاماء والحرائر اي جمعا وتفريقا الا ان في الجمع انما يجوز اذا قدم الحرائر قوله وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك اتفق عليه الائمة الاربعة وجمهور المسلمين الا الخوارج نقله بعضهم ومنهم من في النساء جعل له الربع نسوة والف جارية اراد ان يشتري جارية اخرى فلامه رجل فكاد عليه الكفر وقالوا

والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت

اوثر كان يتزوج كيلا يدخل الغم على زوجته التي كانت عنده مأجورا واجاز الروافض تسعا من الحرائر ونقل عن النخعي وابن ابي ليلى واجاز الخوارج ثماني عشرة وحكي عن بعض الناس اي عدد شاء بلا حصر وجه الاول انه بين العدد والمحلل مثنى وثلاث ورباع بحرف الجمع والحاصل من ذلك تسع ووجه الثاني ذلك الا ان مثنى اثنان اثنان ورباع معدول عن عدد مكرر على ما عرف في العربية فيصير الحاصل ثمانية عشر وكان وجه الثالث العمومات من نحو فانكحوا ما طاب لكم من النساء ولفظ مثنى الى آخره لا قيد كما يقال خذ من البحر ما شئت قربة وقربتين وثلاثا فخص الاولين تزوجه صلى الله عليه وسلم تسعا والاصل عدم الخصوصية الا بدليل والحجة عليهم ان الاحلال هنا هو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء لم يسق الا لبيان العدد المحلل لا لبيان نفس الحل لانه عرف من غيرها قبل نزولها كتابا وسنة فكان ذكره هنا مقيدا بالعدد وليس الا لبيان قصر الحل عليه او هي لبيان الحل المقيد بالعدد لا مطلقا كيف وهو حال مما طاب فيكون قيدا في العامل وهو الاحلال المفهوم من فانكحوا ثم ان مثنى معدول عن عدد مكرر لا يقف عند حد هو اثنان اثنان هكذا الى ما لا يقف وكذا ثلث في ثلثة ثلثة ومثله رباع في اربعة اربعة لمورد التركيب على هذا ما طاب لكم متعين ثنتين ثنتين معا في العقد او على التفريق وثلثا ثلثا جمعا او تفريقا واربعا اربعا كذلك ثم هو قيد في الحل على ما ذكرنا فتحل الى اربع مخيرا فيهن بين الجمع والتفريق واما حل الواحدة فقد كان ثابتا قبل هذه الآية بحل النكاح لان اقل ما يتصور بالواحدة فحاصل الحال ان حل الواحدة كان معلوما وهذه الآية لبيان حل الزائد عليها الى حد معين مع بيان التخيير بين الجمع والتفريق في ذلك وبه تم جواب النقض اذ نقول عرف حل الواحدة وبقوله فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة فكان العدد على الوجه الذي ذكرنا محصورا عند عدم خوف الجور ثم افاد انه عند خوفه يقتصر الحل على واحدة وانما لم يعطف بالواو فيقال او ثلث او رباع لانه لو ذكر بها وكان الاحلال مقتصرا على احد هذه الاعداد وليس مرادا بل المراد ان لهم ان جعلوا هذه الاعداد ان شاءوا بطريق التثنية و ان شاءوا بطريق التثليث وان شاءوا بطريق التربيع فانتفى بذلك صحة التسع والثماني عشرة ويدل على الخصوصية ما روى الترمذي عن عبد الله بن عمر ان غيلان بن سلمة الثقفي اسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فاسلمن معه فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يتخير فيهن اربعا والمراد من قوله والتنصيص على العدد يمنع الزيادة العدد المذكور يعني التنصيص على هذا العدد وكان اللام للعهد الذكري او الحضوري وانما كان هذا العدد يمنع الزيادة وان كان من حيث هو عدد لا يمنعها كما في قوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة حيث الحق بها اليمين والنذر بوقوعه حالا قيدا في الاحلال على ما قررناه يمنع الاكثر بانه من حيث هو لا يمنع كما ذكرنا والحاصل انه قد يمنع معه الزيادة والنقص كعدد ركعات الصلوة وقد لا ولا نحو سبعين مرة في قوله تعالى استغفر لهم الآية وقد يمنع الزيادة كما ذكرنا او النقص فقط كاقل الحيض وشيء من ذلك ليس لذات العدد بل لخوارج تمنع الزيادة هنا التقييد والحاجة في كل موضع ليلائم السبب

قوله والحجة عليه ما تلوناه وهو عموم ما طاب لكم من النساء مقتصرا على العدد المذكور وقوله اذ الامة المنكوحة يريد بالمنكوحة الحرة والا فالمنكوحة لا تنافي الامة مع ان المراد هنا بالامة ليس الا الامة المنكوحة وفي كثير من النسخ المنكوحة على الصفة واعترض بان المراد الاستدلال بجواز تزوج الاماء اكثر من واحدة لتناول اسم النساء ذلك وعلى ما قال من وجه التساوي يلزم نكاح المنكوحة والمنكوحة لا تنكح فكان ينبغي ان لا يذكر المنكوحة اصلا واجاب العناية بان يراد بالمنكوحة بالقوة اي التي يريد ان ينكحها ينتظمها الخ قوله لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده لان السبي لا يوجب الفرقة بين السبي وزوجته فعلم انه لا يملك الا من حيث هو مال و بدليل انه يملك اصل النكاح بالاذن فلو كان مملوكا في حقه لم يملكه كما لم يملك المال فلما ملكه ساوى الحر فيه والجواب الاول ان السبي احد اسباب ملك الرقبة فمحله المال لا النكاح فلذا لم تقع الفرقة والجواب الثاني ان ملك اصل الشيء لا يمنع التنصيف اذا تحقق ما يوجبه كالامة تملك طلب اصل الوطء من زوجها وينتصف قسمها قوله ولنا ان الرق منصف توضيح مراده ان الحل الثابت بالنكاح مشترك بين الزوجين حتى ان للمرأة المطالبة بالاستمتاع وقد انتصف الرق

قال وان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف النكاح فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف رح ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل

للمرأة ما للأمين من ذلك الحل حتى اذا كانت تحت الرجل حرة وامة يكون للحرة ليلتان وللامة ليلة فلما انتصف رقها ما لها وجب ان ينتصف رقه ماله وللحر تزوج اربع وللعبد ثنتان بقي ان يستدل له بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع نظرا الى عموم المخاطبين في الاحرار والعبيد كما استدل به المصنف على الشافعي في اطلاق الزائد على الامة نظرا الى العموم في الحرائر والاماء لكن قد يقال ان المخاطبين هم الاحرار بدليل آخر الآية وهو قوله تعالى فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فان المخاطب بهذا هم المخاطبون الاولون ولا ملك للعبد فلزم كون المراد الاحرار **قوله فان تزوج حبلى** من زنى من غيره جاز النكاح خلافا لابي يوسف قول الشافعي رح كقولنا وقول الآخرين وزفر كقول ابي يوسف اما لو كان الحبل من زنى منه جاز النكاح بالاتفاق كما في الفتاوى الظهيرية محالا الى النوازل قال رجل تزوج حاملا من زنى منه فالنكاح صحيح عند الكل ويحل وطؤها عند الكل الا اجازتي الملافية عندها ولا يحل اهل يستحق النفقة ذكر التمرتاشي لا نفقة لها وقيل لها النفقة والاول اوجه لان النفقة وان وجبت من العقد الصحيح عندنا لكن اذا لم يكن مانع من الدخول من جهتها بخلاف الحائض فان عذرها سماوي وهذا يضاف الى فعلها الزنى وعن محمد كقول ابي يوسف وكما لا يباح وطؤها لا يباح دواعيه وقيل لا بأس بوطئها ونقل عن الشافعي كانه يقيسه على التي زنت حيث جاز تزوجها وحل وطؤها في الحال مع احتمال العلوق فعلم ان العلوق من الزنى لا يمنع الوطي والا لمنع مع تجويزه في مقام الاحتياط وليس بشيء لان الفرق بين المحقق والموهوم في اثبات الحرام ثابت شرعا لورود عموم النهي في المحقق وهو ما روى رويفع بن ثابت الانصاري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر ان يسقي ماءه زرع غيره يعني اتيان الحبالى رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن **قوله ان الامتناع في الاصل** يعني ثابت النسب حاصله قياس الحامل من الزنى على الحامل ثابت النسب في حكم هو عدم صحة العقد عليها بتعيين علة الاصل كون حملها محترما فيمنع ورود الملك على محله وهذا كذلك بدليل انه لا يجوز اسقاطه وانه لا جناية منه فيمنع الملك واستدل المصنف رح بعموم واحل لكم ما وراء ذلكم وحين علم انه يرد من قبل ابي يوسف ان هذا مخصوص على ما قيل فيجوز تخصيصه بالقياس احتاج الى منع علته فقال لا نسلم ان علة المنع في الاصل احترام الحمل بل احترام صاحب الماء وهي منتفية في الفرع اذ لا حرمة للزاني ومنهم من يريد في تعيين العلة فيقول الامتناع في الاصل لحرمة الحمل فيصان عن سقيه بماء حرام وتقديرا ايضا فيقال فيصان عن سقيه ولما لم يجز الوطي بحرمة السقي لم يصح العقد لان كل عقد لا يترتب عليه حكمه لا يصح وهي زيادة توجب النقض لانا نحتاج اليها لو قلنا بصحة العقد وحل الوطي ولم نقل به فيقال ان قلت لا يترتب مطلقا منعناه او في الحال فقط منعنا اقتضاءه البطلان والا لم يصح نكاح الحائض والنفساء الا ان ابا يوسف رح يدفع التعليل بحرمة صاحب الماء بانه لو كان لحقه لجاز باذنه فالاولى تعليل المنع في الاصل بلزوم الجمع بين الفراشين وهو السبب في امتناع العقد على المحصنات من المؤمنات وهو منتف في الحبلى من الزنا وقد يقال ان هذا الدفع منا لما تخيل ان حرمته وحقه واحد وهو معنى الحق وليس كذلك فان معنى حرمته ان الشارع اثبت له من الحرمة منع العقد على محل مائه ما دام قائما وحرمته لا تسقط باذنه في العقد الا ان هذا يقتضي صحة العقد على المسبية الحامل والمهاجرة وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح واما على ظاهر المذهب فالمطرد ما ذكرنا وعلى ما هو رواية الحسن النسب بالتعليل بحرمة صاحب الماء واعلم ان في سنن ابي داود عن رجل من الانصار يقال له نضرة بن اكثم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تزوجت امرأة على انها بكر في سترها فدخلت عليها فاذا هي حبلى فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم لها الصداق بما استحللت من فرجها والولد عبد لك وفرق بيننا وقال اذا وضعت فحدوها وهي ظاهر في عدم صحة نكاح الحامل من زنى لقوله وفرق بيننا الا ان يحمل على تفريق الابدان فقط بان منعه من الخلوة بها الى ان تلد مع ان فيه من المنسوخات جعل الولد عبدا الا ان يحمل على ارادة انه

لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل **قال** ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه واذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا احب له ان يطأها قبل ان يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء

يصير بذلك وهو يوافق حمل التفريق على المنع من مجرد المخالطة وهو اولى لاستيفاء ارادة جعل الولد سببا يبعيه الزوج بالنسبة الى مقابلة التقدم عليه في الشرع فيجعل هذا قرينة ارادة التفريق عن المخالطة لا في العقد وهذا لان الظاهر انه انما يكون بحيث يجدها من غير ملك فيه اذا كان مع امه عنده وهذا كله اذا ثبت الحديث **قوله** فالنكاح باطل وذكر الفاسد فيما تقدم ولا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع **قوله** لانها فراش لمولاها الثبوت بذلك الفراش وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ولدها من الرجل اذا اتت به فلو صح حصل الجمع بين الفراشين وهو سبب الحرمة في المحصنات من النساء **قوله** الا انه غير متأكد الخ جواب عما قد يقال لو كانت فراشا لم تجز تزويجها وهي حائل كما لا يجوز وهي حامل فاجاب بان فراشها غير متأكد ويتأكد بانضمام الحبل بها منه فان الحبل مانع في الجملة وكذا الفراش فيقع التأكد باجتماعهما فينتهض سببا للمنع للجمع بخلاف حالة عدمه والمستدل على عدم تأكده بانتفاء نسب ولدها بالنفي من غير لعان فظهر ان المانع ليس مطلق الفراش بل المتأكد منه اما بنفسه وهو فراش المنكوحة او بالحبل قالوا الفراش ثلثة قوي وهي المنكوحة فلا ينتفي ولدها الا باللعان وذو متوسط وهو فراش ام الولد فيثبت نسب ولدها من غير دعوة وينتفي بمجرد النفي وضعيف لا يثبت نسب الولد منه الا بدعوة وهو فراش الامة التي لم يثبت لها امومية الولد والذي يقتضيه كلام صاحب الهداية تصريحه ان الامة ليست بفراش اصلا على ما ذكره في المسألة التي تلي هذه وعلله بعدم صدق حد الفراش عليها بقوله فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة فيلزم اما انحصاره في الفراش القوي والضعف واما اعتبار الفراش الثلثة في ام الولد والمنكوحة فام الولد الحائل فراش ضعيف فيجوز تزويجها والحامل متوسط النوع من التأكد فيمتنع وحكمه انتفاء الولد بمجرد النفي والمنكوحة هي الفراش القوي وهو الاوجه واورد اذا كان ولدها ينتفي بمجرد النفي ينبغي ان يجوز النكاح ويكون نفيا دلالة فان السبب كما ينتفي بالصريح ينتفي بالدلالة بدليل مسألة الامة جاءت باولاد ثلثة فادعى المولى الاكبر حيث يثبت نسبه وينتفي نسب غيره بدلالة اقتصاره في الدعوة على بعضهم اجيب بان النفي دلالة انما يعمل اذا لم يكن صريح بخلافه وهنا كذلك اذ صورة المسألة ان الحمل منه حيث قال رجل زوج ام ولده وهي حامل منه كذا في الظهيرية وعلى هذا لو زوج ام ولده وهي حامل قبل ان يعترف بالحمل لعدم العلم به ينبغي ان يجوز نكاحها ويكون نفيا **قوله** ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها هذا التعليل للجواز بنفي جنس علة المنع من التزويج فضلا عن نفيها بعينها فلذا لا يقتضي ان وجود الفراش مطلقا يمنع والا المنع في ام الولد الحائل لان علة المنع فراش مخصوص وهو القوي بنفسه او بالتأكيد لا اطلاق الفراش ثم بين نفي الفراش بنفي حده بقوله لانها جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة **قوله** الا ان عليه ان يستبرئها اي بطريق الاستحباب لا الحتم وليس استبراء المولى مذكورا في الجامع الصغير بل في كلام المصنف وصرح الولوالجي بالاستحباب **قوله** واذا جاز يعني جاز النكاح بدون استبراء من المولى فان خلاف محمد رح في استبراء الزوج انما هو فيه لذا قال الفقيه ابو الليث رح في قول محمد لا احب له اي للزوج ان يطأها حتى يستبرئها لانه احتمال الشغل بماء المولى هذا الخلاف فيما اذا زوجها المولى قبل ان يستبرئها فلو استبرأها قبل ان يزوجها جاز وطء الزوج بلا استبراء اتفاقا وقد روي ونص بعض المشايخ بان محمدا رح نفى الاستحباب وهما اثبتا جواز النكاح بدونه فلا معارضة فيجوز اتفاقهم على الاستحباب ولا نزاع فان لفظه في الجامع محمد بن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وطئ جاريته ثم زوجها فان للزوج ان يطأها قبل ان يستبرئها وقال محمد احب ان لا يطأها حتى يستبرئها انتهى وليس فيه استبراء المولى اصلا وفيه تصريح محمد بالاستحباب للزوج قبل قوله تفسير لقول ابي حنيفة وقيل بل هو قوله خاصة وهو ظاهر السوق وصرح قول المص لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلافه ثم القياس المذكور لمحمد انما يقتضي وجوب الاستبراء فان اصل قياسه الشراء وانما يتعدى بالقياس حكم الاصل وحكمه

ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف ا

يجوز مع الشغل وكذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له ان يطأها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال

الاستبراء بل كان المراد اخذ من كلام محمد في بعض تصانيفه فهو يفيد الوجوب لا الاستحباب غاية الامر ان قوله احب ظاهر في الاستحباب ودليله يوجب ان مراده الوجوب فاعتباره اولى لان الاستدلال بما لا يطابق الدعوى بعيد من اطلاق احب ان يفعل كذا في واجب كثيرا ما يطلق المتقدمون اكره كذا في التحريم وكراهة التحريم واجب مقابلة فجاز ان يطلق في مقابلة وهو الوجوب ثم لو اورد على محمد رحمه الله ان التوهم لا يصلح علة للوجوب بل للندب كما في غسل اليدين عقيب النوم لتوهم النجاسة كان له ان يبحث بان ذلك في غير الفروج اما فيها فالمعهود شرعا جعله متعلقا بالوجوب ومنه نفس اصل هذا القياس فان علة وجوب الاستبراء في التحقق على المشتري ليس الا توهم الشغل بماء الحلال مع اعتبار استحداث الملك علة انما هو لضبطه للحكمة التي هي العلة في الحقيقة على ما عرف وان كان الاستدلال من عند المصنف فهو المؤاخذ بعدم المطابقة **قوله** ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ اورد عليه انه ممنوع فان الحكم بجواز النكاح ثابت في الحامل من الزنى ومجموع ما ذكر فيه ثلاثة اجوبة جواب صاحب النهاية بانه طرد لا نقض فان جواز النكاح ثابت في الصورتين بالمقتضي وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم الا ان الوطء هناك حرام لوجود الشغل حقيقة كيلا يسقي ماءه زرع غيره فلم يدل جواز النكاح هناك على حل الوطء للحمل اما هنا لا حمل حقيقة فلو كان انما كان حكما وشرعا وكان جواز النكاح شرعا امارة الفراغ دليل فراغ الرحم حكما وجواب شارح الكنز وغيره بتخصيص الدعوى فان مرادنا انه امارة الفراغ عن حمل ثابت النسب ونقول هو دليل الفراغ في المحتمل لا فيما تحقق وجوده واليه يرجع جواب صاحب النهاية اذا تاملت وهو الاولى اعني كونه دليل الفراغ في المحتمل ومحل النزاع محتمل ومع الحكم بالفراغ لا يثبت توهم الشغل شرعا فلا موجب لاستحباب الاستبراء لكن صحته موقوفة على دليل اعتباره امارة الفراغ عنه لان حاصله ادعاء وضع شرعي والاجماع انما عرف على مجرد الصحة اما على اعتباره دليل الفراغ في المحتمل دون المتحقق فلا فلذا اختار الفقيه ابو الليث قول محمد رحمه الله لانه احوط هذا وعند زفر رحمه الله لا يجوز للرجل ان يتزوجها حتى تحيض ثلاث حيض بناء على اصله وهو وجوب العدة للتزوج بعدم وطء ولو زنا **قوله** وكذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له وطؤها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد رحمه الله لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها وعند زفر رحمه الله لا يصح العقد عليها ما لم تحض ثلاث حيض لما قلنا عنه وقيل يكفي حيضة **قوله** والمعنى اي في حل وطء الزانية اذا تزوجت عقيب العلم بزناها عندهما بلا استبراء وعند محمد رحمه الله بعده ما ذكرنا لهما من ان الصحة امارة الفراغ في المحتمل فلا موجب للاستبراء والحكم لا يثبت بلا سبب وعند محمد الوطء يوجب توهم الشغل فتستبرأ كالمشتراة **قوله** ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة خالية من الموانع اتمتع بك كذا عشرة ايام مثلا او يقول اياما او متعيني نفسك اياما او عشرة ايام او لم يذكر اياما بكذا من المال قال شيخ الاسلام في الفرق بينه وبين النكاح الموقت ان يذكر الموقت بلفظ النكاح والتزويج وفي المتعة اتمتع او استمتع انتهى يعني ما اشتمل على مادة متعة والذي يظهر مع ذلك عدم اشتراط الشهود في المتعة وتعيين المدة وفي الموقت الشهود وتعيينها ولا شك انه لا دليل لهؤلاء على تعيين كون نكاح المتعة الذي اباحه صلى الله عليه وسلم ثم حرمه هو ما اجتمع فيه مادة م ت ع للقطع من الآثار بان المتحقق ليس الا انه اذن لهم في المتعة وليس معنى هذا ان من باشر هذا المأذون فيه يتعين عليه ان يخاطبها بلفظ اتمتع ونحوه لما عرف من ان اللفظ انما يطلق ويراد معناه فاذا قال تمتعوا من هذه النسوة فليس مفهومه قولوا اتمتع بك بل اوجدوا معنى هذا اللفظ ومعناه المشهور ان يوجد عقدا على امرأة لا يراد به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته بل الى مدة معينة ينتهي العقد بانتهائها او غير معينة بمعنى بقاء العقد ما دمت معك الى ان انصرف عنك فلا عقد والحاصل ان معنى المتعة عقد موقت ينتهي بانتهاء الوقت فيدخل فيه ما بمادة المتعة والنكاح الموقت ايضا فيكون النكاح الموقت من افراد المتعة وان عقد بلفظ التزويج واحضر الشهود وما يفيد ذلك من الالفاظ التي تفيد التواضع مع المرأة على هذا المعنى ولم يعرف في شيء من الآثار لفظ واحد من

وقال مالك هو جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رضی وابن عباس رضی صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام

بالشرط من الصحابة بلفظ تمتعت بك ونحوه والله اعلم **قوله** وقال مالك هو جائز نسبته الى مالك غلط وقوله لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر النسخ انما يتمسك من يقول بها كابن عباس رضی قلنا قد ثبت النسخ باجماع الصحابة رضی الله عنهم هذه عبارة المصنف وليست الباء سببية فيما فان المختار ان الاجماع لا يكون ناسخا اللهم الا ان يقدر محذوف اي بسبب العلم باجماعهم اي لما عرف اجماعهم على المنع علم انه منسوخ بدليل النسخ او هي للمصاحبة اي ثبت مع اجماعهم على المنع علم معه النسخ واما دليل النسخ بعينه فما في صحيح مسلم انه صلى الله عليه وسلم حرمها يوم الفتح وفي الصحيحين انه صلى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر والتوفيق انها مرتين قيل ثلاثة اشياء نسخت مرتين المتعة ولحوم الحمر الاهلية والتوجه الى بيت المقدس في الصلوة وقيل لا يحتاج الى الناسخ لانه صلى الله عليه وسلم انما كان اباحها ثلاثة ايام فبانقضائها تنتهي الاباحة وذلك لما قال محمد بن الحسن في الاصل بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم احل المتعة ثلاثة ايام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة ثم نهى عنها وهذا لا يفيد ان الاباحة حين صدرت كانت مقيدة بثلثة ايام ولذا قال ثم نهى عنها وهو يشبه ما اخرجه مسلم عن سبرة بن معبد الجهني قال اذن لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمتعة فانطلقت انا ورجل الى امرأة من بني عامر كانها بكرة عيطاء فعرضنا انفسنا عليها فقالت ما تعطيني فقلت ردائي وقال صاحبي ردائي وكان رداء صاحبي اجود من ردائي وكنت اشب منه فاذا نظرت الى رداء صاحبي اعجبها واذا نظرت الى اعجبتها ثم قالت انت ورداؤك يكفيني فمكثت معها ثلاثا ثم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كان عنده شيء من هذه النساء فليخل سبيلها فهذا اشبه من حيث انه انما يدل على ان الاباحة اقامت ثلاثا الا انها تعلقت مقيدة بالثلاث فلا بد من الناسخ وفي صحيح مسلم عنه صلى الله عليه وسلم كنت اذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك الى يوم القيمة والاحاديث في ذلك كثيرة شهيرة واما ظاهر الالفاظ التي تعطي الاجماع فما اخرج الحازمي بسنده الى جابر خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى غزوة تبوك حتى اذا كنا عند العقبة مما يلي الشام جاءت نسوة فذكرنا تمتعنا وهن يطفن في رحالنا فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر اليهن وقال من هؤلاء النسوة فقلنا يا رسول الله نسوة تمتعنا بهن قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمرت وجنتاه وتمعر وجهه وقام فينا خطيبا فحمد الله واثنى عليه ثم نهى عن المتعة فتوادعنا يومئذ الرجال والنساء ولم نعد ولا نعود اليها ابدا وابن عباس رضی صح رجوعه بعد ما اشتهرت عنه من اباحتها فما ذكر من رجوعه ان عليا رضی قال له انك رجل تائه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء وفي صحيح مسلم ان عليا رضي الله عنه سمع ابن عباس يلين في متعة النساء فقال مهلا يا ابن عباس فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها يوم خيبر وعن لحوم الحمر الانسية وهذا ليس صريحا في رجوعه بل في قول علي له ذلك ويدل على انه لم يرجع حين قال له علي ذلك ما في صحيح مسلم عن عروة بن الزبير ان عبد الله بن الزبير رضی قام بمكة فقال ان ناسا اعمى الله قلوبهم كما اعمى ابصارهم يفتون بالمتعة يعرض برجل فناداه فقال انك لجلف جاف فلعمري لقد كانت المتعة تفعل في عهد امام المتقين يريد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابن الزبير فجرب بنفسك فوالله ان فعلتها لارجمنك باحجارك الحديث ورواه النسائي ايضا ولا تردد في ان ابن عباس هو الرجل المعرض به وكان رضي الله عنه قد كف بصره فلذا قال ابن الزبير رضی كما اعمى ابصارهم وهذا انما كان في حال خلافة عبد الله بن الزبير وذلك بعد وفاة علي رضی فقد ثبت انه مستمر القول على جوازها لم يرجع الى قول علي رضی فالاولى ان يحكم بانه رجع بعد ذلك بناء على ما رواه الترمذي عنه وقد ظهر ان لا متمسك به وكان الاولى ان يجيب المصنف وحاصل بحثه معارضته مجردة وهي لا تفيد ثبوت المطلوب قبل الترجيح وقالوا العصبات لانها عصبته في ولد الزنا وولد الملاعنة فيثبت لاهلها الا ان اقارب الاب مقدمون **فرع** واذا عدم الاولياء اي كل من العصبات الى ان قال انما كانت المتعة في اول الاسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة فيتزوج

وقال زفر رحمه الله هو صحيح لازم لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التأقيت أو قصرت لأن التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد

المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شيأه حتى إذا نزلت الآية إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم قال ابن عباس فكل فرج سواهما فهو حرام انتهى فهذا يحمل على أنه اطلع على أن الأمر إنما كان على هذا الوجه فرجع إليه وحكاه وقد حكي عنه أنه إنما أباحها حالة الاضطرار والعنت في الأسفار وأسند الحازمي من طريق الخطابي إلى المنهال عن سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس سارت بفتياك الركبان وقال فيها الشعراء قال وما قالوا قال قالوا قد قلت للشيخ لما طال مجلسه يا صاح هل لك في فتوى ابن عباس هل لك في رخصة الأطراف آنسة تكون مثواك حتى يصدر الناس فقال سبحان الله ما بهذا أفتيت وما هي إلا كالميتة والدم ولحم الخنزير لا تحل إلا للمضطر انتهى ولهذا قال الحازمي إنه صلى الله عليه وسلم لم يكن أباحها لهم وهم في بيوتهم وأوطانهم وإنما أباحها لهم في أوقات بحسب الضرورات حتى حرمها عليهم في آخر سنيه في حجة الوداع وكان تحريم تأبيد لا خلاف فيه بين الأئمة وعلماء الأمصار إلا طائفة من الشيعة **قوله** وقال زفر رحمه الله هو جائز يعني النكاح المؤقت هو أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بل تبطل هي ويصح النكاح فصار كما إذا تزوجها على أن يطلقها بعد شهر صح وبطل الشرط أما لو تزوج وفي نيته أن يطلقها بعد مدة نواها فلا بأس وتزوج النهاريات وهو أن يتزوجها على أن يكون عندها نهارا دون الليل **قوله** ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولهذا لو قال جعلتك وكيلا بعد موتي انعقد وصية أو جعلتك وصيا في حياتي انعقد وكالة ولو أعطى المال مضاربة وشرط الربح للمضارب كان قرضا أو لرب المال كان بضاعة ولا يخفى أن على ما حققناه يكون المؤقت من نفس النكاح المتعة فلا يحتاج إلى عين إبداء الناسخ في دفع قول زفر هذا ومقتضى النظر أن يترجح قوله لأن غاية الأمر أن يكون المؤقت متعة وهو منسوخ لكن المنسوخ معنى المتعة على الوجه الذي كانت الشرعية عليه وهو أن ينتهي العقد فيه بانتهاء المدة ويتلاشى وأنا لا أقول به كذلك وإنما أقول ينعقد مؤبدا ويلغو شرط التوقيت وهو أثر النسخ وأقرب نظير إلى هذا نكاح الشغار وهو أن يتزوج الرجلان كل موليته الآخر على أن يكون بضع كل موليته مهر موليته في المولية الأخرى صح النهي عنه وقلنا إذا عقد كذلك صح موجبا مهر المثل لكل منهما ولم يلزمنا النهي لأنا لم نقل كذلك موجبا للبضعين مهرين بل على إلغاء الشرط المذكور فلم يلزمنا النهي فقول زفر مثل هذا سواء وأما قياسه على ما لو تزوجها على أن يطلقها بعد شهر فيمكنه تركه إن صح عنه إلى أصول شتى مما اشترط فيه من النكاح شرط مخالف لمقتضى العقد إذا كان غير صحيح من حيث إنه إنما عقد مؤبدا ولذا إذا انقضت المدة لا ينتفي النكاح بل هو مستمر إلى أن يطلقها فإن قلت فلو عقد بلفظ المتعة وأراد النكاح الصحيح المؤبد هل ينعقد أو لا وإذا لم ينعقد هل يكون من أفراد المتعة فالجواب لا ينعقد به النكاح وإن قصد به النكاح وحضره الشهود وليس من نكاح المتعة لأنه لم يذكر فيه توقيت بل التأبيد وإنما كان كذلك لأنه لا يصلح مجازا عن معنى النكاح لما في المبسوط من أنه لا يفيد ملك المتعة كالإحلال قال فإن من أحل لغيره طعاما وأذن له أن يتمتع به لا يملكه وإنما يتلفه على ملك المبيح فكذلك إذا استعمل هذا اللفظ في موضع النكاح لا يثبت به الملك انتهى يعني انتفى طريق المجاز الذي بيناه في أول كتاب النكاح والله سبحانه أعلم **قوله** ولا فرق بين ما إذا طالت المدة أو قصرت نفي لرواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنهما إذا سميا مدة لا يعيشان إليها صح لتأبيده معنى قلنا ليس هذا تأبيدا معنى بل توقيت بمدة طويلة والمبطل هو التوقيت وقوله لأنه المعين لجهة المتعة يؤيد ما قلناه هذا وإذا انساق الكلام إلى أن الشرط الفاسد وهو اشتراط ما ليس مقتضى العقد لا يبطل النكاح بل تبطل هو فناسب أن يقرن به الكلام في اشتراط الخيار في النكاح فإذا تزوج على أنه بالخيار ثلاثا صح النكاح وبطل الخيار عندنا بناء على أن شرط الخيار كالهزل لأن الهازل قاصد للسبب غير راض بحكمه أبدا وشارط الخيار غير راض بحكمه في وقت مخصوص فإذا لم يمنع الهزل ثبوت حكمه للحديث ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة وقد أسلفنا تخريجه فشرط الخيار أولى أن لا

ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة واحداهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي حل نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احداهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي حل نكاحها عند ابي حنيفة رح وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهي مسئلة الاصل

واذا لم يمنع ثبوت حكمه وهو الملك من حين صدور العقد كان اشتراط الخيار شرطا فاسدا فيبطل واما خيار الرؤية فحقيقته لا يتوقف على اشتراط في موضع يثبت كالبيع بل اذا اشترى ما لم يره يثبت له الخيار بلا اشتراط والنكاح ينعقد بلا رؤية اجماعا فلا يتصور ثبوته فيه ولو فرض اشتراط خيار الفسخ اذا رآها كان شرطا فاسدا فيبطل واما خيار العيب فلا يثبت لاحدهما في الآخر اذا وجده معيبا بجرح ورتق او قرن او عفل او جنون او مرض فالج او غيره اياكان عند ابي حنيفة وابي يوسف سوى عيب الجب والعنة فيه على ما يأتي في بابه خلافا للشافعي في العيوب الخمسة القرن والرتق والجنون والجذام والبرص ولمحمد في الثلاثة الاخيرة اذا كانت بحيث لا تطيق المقام معه حيث يثبت لها خيار الفسخ لنا ما عنه صلى الله عليه وسلم انه للتي تزوجها فوجد بكشحها بياضا الحقي باهلك وهذا من كنايات الطلاق بل لا يبعد عده من صرائحه في عرف العرب بلا استقرار فعرف انه لا فسخ عن عيب وحجتنا ايضا قول ابن مسعود رض لا ترد الحرة عن عيب وعن علي رض قال اذا وجد بامرأته شيئا من هذه العيوب فالنكاح لازم ان شاء طلق وان شاء امسك والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فعن عمر انه اثبت الخيار وحمله على خيار الطلاق بعيد فان ذلك ثابت لا يحتاج الى نقل اثبات عمر اياه وقول محمد ارجح فيما يظهر فان ما ذكرنا من طريق التخلص بالطلاق وما افادته هذه الدلائل انما هو في تخلص الرجل فاما المرأة فلا تقدر عليه وهي محتاجة الى التخلص ومأمورة بالفرار قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد والكلام في المسئلة طويل اذيل في المبسوط وغيره يحتمل الملا لا لسنا بصدده اذ ليست من مسائل الكتاب بل المقصود تتميم الفائدة بالفروع المناسبة وكذا لو شرط احد الزوجين على الآخر السلامة من تلك العيوب او من العمى والشلل والزمانة او شرط صفة الجمال فوجد بخلاف ذلك لا خيار في الفسخ ومن هذا او كثير ما يقع لو تزوجها بشرط انها بكر فاذا هي ثيب لا خيار له بل ان شاء طلق ويثبت احكام الطلاق قبل الدخول او بعده **قوله** ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة واحداهما لا تحل له لرضاع او قرابة محرمة صح نكاح المحللة وبطل نكاح المحرمة بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع حيث لا يصح في العبد لان قبول العقد في الحر شرط فاسد في بيع العبد فيبطله وهنا المبطل يخص المحرمة والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة **قوله** ثم جميع المسمى للتي تحل نكاحها عند ابي حنيفة رح وعندهما يقسم على مهر مثليهما فان كان يكون المسمى الفا ومهر مثل المحرمة الفان والمحللة الف فيلزم ثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث درهم للتي صح نكاحها ويسقط الباقي ولو كان دخل بالتي لا تحل فالمذكور في الاصل ان لها مهر مثلها بالغا ما بلغ والالف كلها للمحللة قال في المبسوط وهذا على قول ابي حنيفة رح وما ذكر في الزيادات فهو قولهما ان لها مهر مثلها ولا يجاوز حصتها من الالف ولو كان صح نكاحهما انقسمت الالف على مهر مثليهما اتفاقا **قوله** وهي مسئلة الاصل مثل هذا اللفظ يقصد به الاحالة على ذلك الكتاب لتتميم متعلقات المسئلة منه وحاصل المذكور لهما فيه ان المسمى قوبل بالبضعين ولم يسلما وكلما قوبل بشيئين لم يسلما فالازم حصة السالم بيان تقرر الكبرى شرعا ما لو اشترى عبدين بالف فاذا احدهما مدبر او خاطب امرأتين بالنكاح بالف فاجابت احداهما دون الاخرى بل ما نحن فيه اولى فان المحرمة دخلت في العقد عنده ولذا لا يحد لو وطئها مع العلم بالحرمة عنده ومن ضرورة دخولها انقسام البدل وله منع كلية الكبرى بل المنقسم الى المحلة اما محل او لا ففي الاول ينقسم وفي الثاني لا كما لو ضم جدارا او حمارا فان الكل فيه للمحل والضم لغو وضم المحرمة كذلك فان حكم النكاح الحل والمحرمة ليست محله فلم تدخل والمدبر مال فهو محل ولذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ فيدخل في العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية وسقوط الحد عنده في وطء المحرمة المعقود عليها من حكم صورة العقد وسنبين وجهه ان شاء الله تعالى في كتاب الحدود ولا من حكم الانعقاد والانقسام من حكم الانعقاد والانقسام في الخاطب للامرأتين لا لاستواء في الايجاب للمحلية فانهما لو اجابتا صح نكاحهما

ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها واقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا وفي قوله الآخر وهو قول محمد رحمه الله لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي رحمه الله لان القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان في الاسباب تزاحما فلا امكان والله اعلم

معا والقسم عليها وهذا وقد ادعى ابن ما في الزيادات من انه لو دخل بالتي لا تحل كان لها مهر مثلها لا يتجاوز حصتها من الالف في قول ابي حنيفة فاستشكل بانه فرع دخولها في العقد ودفع بانه قولهما لا قوله في الاصح وقوله يجب مهر مثلها بالغا ما بلغ وبتقدير التسليم فالمنع من المجاوزة لحكم التسمية ورضاها بالقدر المسمى لا لدخولها في العقد فاما الانقسام للاستحقاق فباعتبار الدخول في العقد والتي لا تحل هي المختصة بكل الكل لها وتقديره وايضا على قوله ان لها مهر مثلها بالغا ما بلغ ان عدم الدخول في العقد يقتضي اجنبيتها عنه فباي وجه يجب مهر مثلها وهو فرع الدخول في عقد فاسد ويجاب بان وجوبه بالعقد الذي وجب به درء الحد وهو صورة العقد ويرد على قولهما ايضا كيف وجب لها حصتها من الالف بالدخول وهو حكم دخولها في العقد ثم يجب الحد لا يجتمع الحد والمهر ولا مخلص الا بتخصيصهما الدعوى فيجب الحد لانتفاء شبهة الملك والمهر للانقسام بالدخول في العقد **قوله** ومن ادعت عليه امرأة لقب المسألة ان القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفذ عند ابي حنيفة رح ظاهرا وباطنا اذا كان مما يمكن القاضي انشاء العقد فيه فلو ادعى نكاح امرأة او هي ادعت النكاح او الطلاق الثلاث كذبا وبرهنا زورا فقضى بالنكاح والطلاق نفذ ظاهرا فيطالب المرأة في الحكم بالقسم والوطء والنفقة وباطنا فيحل له وطؤها وان علم حقيقة الحال لها تمكينه وقولنا اذا كان مما يمكن القاضي انشاؤه يخرج ما اذا كانت معتدة الغير او مطلقة ثلاثا فادعى انه تزوجها بعد زوج ونحو ذلك مما لا يقدر القاضي على انشاء العقد فيه وبالهبة والصدقة ففي نفاذ القضاء بهما باطنا روايتان اذا ادعيا كذبا وجه المانعة ان القاضي لا يملك تمليك مال الغير بلا عوض وقول ابي حنيفة هو قول ابي يوسف الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا ينفذ باطنا فلا يسعه ان يطأها اذا ادعى كذبا واذا كان يدعي عليه طلاقها وهو قول الشافعي رح وكما لا تحل للثاني لا تحل للاول فيما اذا ادعت الطلاق الثلاث كذبا فقضى به وتزوجت آخر عند محمد وعند ابي حنيفة رح تحل للثاني لا للاول لان القاضي يملك التطليق على الغير احيانا بخلاف المعتدة واختها وكذا الاختلاف في دعوى الفسخ بان ادعى احد المتبايعين على صاحبه فسخ البيع كذبا وبرهن زورا فقضى القاضي بفسخ البيع وحل للبائع وطؤها لو كانت امة وكذا لو ادعى بيع الامة منه ولم يكن باعه فيقضي بها للمدعي للمشتري حلت له وكذا في دعوى العتق والنسب وجه تمسكهما في الكتاب ظاهر وايضا القضاء اما امضاء لعقد سابق او انشاء لا يصح الاول لعدم سابق ولا الثاني لانه لا ايجاب وقبول ولا شهود ولابي حنيفة ان القاضي مأمور بالقضاء بما في وسعه وانما في وسعه القضاء بما هو حجة عنده وقد فعل وهذا يفيد ان القاضي لو علم كذب الشهود لا ينفذ ولما لم يستلزم ما ذكر النفاذ باطنا اذ القدر الذي توجبه الحجة وجوب القضاء وهو لا يستلزم النفاذ باطنا اذا كان مخالفا للواقع وهو محل الخلاف زاد قوله واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا واختيار شق ترديدهما وهو انه انشاء المعنى انه تثبت انشاء اقتضاء للعقد بتقدمه عليه وافاد بذلك جوابهما عما ابطلا به هذا الشق من عدم الايجاب والقبول والشهود فان ثبوته على هذا الوجه يكون ضمنيا ولا يشترط للضمنيات ما يشترط لها اذا كانت قصديات على ان كثيرا من المشايخ شرطوا حضور الشهود والقضاء للنفاذ باطنا ولم يشترطه بعضهم وهو اوجه ولو انهما ابطلا هذا الشق لعدم التراضي من الجانبين لم يندفع بذلك ولما كان المقتضي ما ثبت ضرورة صحة غيره ولم يظهر وجه احتياج صحة القضاء الى تقديم الانشاء الا اذا افتقرت صحته الى نفاذه باطنا وليس مفتقرا اليه لثبوتها مع انتفائه في الاملاك المرسلة حيث يصح ظاهرا لا باطنا اذ قوله قطعا للمنازعة يعني ان المقصود من القضاء قطع المنازعة ولا ينقطع فيما نحن فيه الا بتنفيذه باطنا اذ لو بقيت الحرمة تكررت المنازعة في طلبها الوطء او طلبه مع امتناع الآخر لعلمه بحقيقة الحال فوجب تقديم الانشاء فكان القاضي قال زوجتكها وقضيت بذلك كقول هو حر في جواب اعتق عبدك عني بالف حيث يتضمن البيع وذكر الشيخ كمال الدين

باب في الاولياء والاكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا

ان لبعض من حضر عنده من المغاربة شيخ العصر فقال يمكن قطع المنازعة بان يطلقها فقال لا حاجة ما تريد بالطلاق الطلاق المشروع او غيره ولا عبرة بغيره والمشروع يستلزم المطلوب اذ لا يتحقق الا في نكاح صحيح قال شيخنا سراج الدين ليس بجواب صحيح اذ له ان يريد بالطلاق غير المشروع وكونه لا عبرة به في كونه طلاقا صحيحا لا يضر اذ قد ثبت بذلك ان قطع المنازعة الواجب لا يتوقف على التنفيذ بالمنافي ليجب التنفيذ بالمنافي بل تحقق طريق آخر لقطع المنازعة وهو ان يتلفظ بلفظ الطلاق فلم يجب التنفيذ بالمنافي لانه لم يكن له موجب سوى انحصار طريق قطع المنازعة فيه وظهر انه لم ينحصر والحق ان قطع المنازعة ينتهض سببا للتنفيذ بالمنافي اذا كان هو المدعي لانها لا تقدر على التخلص بلفظ الطلاق لا فيما اذا كانت هي المدعية لما ذكر ففيه قصور عن صور المدعى وهو النفاذ بالمنافي العقود والفسوخ والذي روي عن محمد على رشده وهو ان رجلا اقام بينة على امرأة انها زوجته بين يدي علي رض فقضى على بذلك فقالت المرأة ان لم يكن لي منه بد يا امير المؤمنين فزوجني اياه فقال شاهداك زوجاك يخص ما اذا انحصر قطع المنازعة في التنفيذ بالمنافي فانه لم ينعقد بالمنافي الا لحاجتها لما طلبت الحقيقة التي عندها والاوجه ان يراد بالمنازعة في قوله قطعا للمنازعة اللحاج المؤدي الى الضرر اعم من كونه عند القاضي ولا تناول ما اذا الح الاول في طلبها بالمنافي بان يلحها فقصد جماعها كرها او باستمتاعها وذلك لعلمه بحقيقة الحال من الحل الى الباطل وفي هذا بعد لكونه منشأ مفسدة التعاشر السفك لكونه عرضت له بالطلاع الزوج فيجب عليه مع اجتماع زوجين على امرأة احدهما سرا والآخر جهرا وكل من الامرين ينبو عن قواعد الشرعية فلا تنقطع المنازعة على الوجه الذي ذكرناه من لا عبرة الا بالحكم بالمنافي وثبوت الحرمة في نفس الامر بفسخ القاضي فعم العصور ثم على المتعدي بالدعوى الباطلة واثباتها بالطريق الباطل اثم يا له من اثم غير ان الوطء بعد ذلك حل وقول ابي حنيفة اوجه وقد استدل على اصل المسئلة بدلالة الاجماع على ان من اشترى جارية ثم ادعى فسخ بيعها كذبا وبرهن فقضي به حل للبائع وطؤها واستخدامها مع علمه بكذب دعوى المشتري مع انه يمكنه التخلص بالعتق وان كان فيه اتلاف ماله فانه ابتلي بامرين فعليه ان يختار اهونهما وذلك ما يسلم له فيه دينه قوله بخلاف الاملاك المرسلة اي المطلقة عن تعيين سبب الملك بان ادعى الملك في هذا الشيء ولم يبين سببا فان القضاء به قضاء بالملك ليس غير لتزاحم الاسباب اي تعددها فلا يمكن القاضي تعيين بعضها دون بعض اذا لم تقم حجة بخصوصه بخلاف ما عين السبب فيه وقد قامت الشهادة على تعيينه

باب الاولياء والاكفاء ولي الشرائط المتفق عليها الشرط المختلف فيه وهو عقد الولي والولي العاقل البالغ الوارث فخرج الصبي والمعتوه والعبد والكافر على المسلمة الولاية في النكاح نوعان ولاية ندب واستحباب وهو الولاية على البالغة العاقلة بكرا كانت او ثيبا وولاية اجبار وهو الولاية على الصغيرة بكرا كانت او ثيبا وكذا الكبيرة المعتوهة والمرقوقة وتثبت الولاية باسباب اربعة بالقرابة والملك والولاء والامامة وافتتح الباب بالولاية العاقلة المندوبة تقليلا لوجوبها لانه مهم لاشتهار الوجوب في بعض الديار وكثرة الروايات عن الاصحاب فيه واختلافها وحاصل ما عن علمائنا رحمهم الله في ذلك سبع روايات روايتان عن ابي حنيفة تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا الا انه خلاف المستحب وهو ظاهر المذهب ورواية الحسن عنه ان عقدت مع كفؤ جاز ومع غيره لا يصح واختيرت للفتوى لما ذكر من ان كم من واقع لا يرفع وليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة ولا كل قاض يعدل ولو احسن الولي وعدل القاضي فقد يترك انفة للتردد على ابواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له وينبغي تقييد عدم الصحة المفتى به بما اذا كان لها اولياء احياء لان عدم الصحة انما كان على ما وجه به هذه الرواية دفعا لضررهم فانه قد يتقرر لما ذكرنا اما ما يرجع الى حقها فقد سقط برضاها بغير الكفء على ما سيأتي ان شاء الله تعالى في فصل الكفاءة وعن ابي يوسف ثلاث روايات لا تجوز مطلقا اذا كان لها ولي ثم رجع الى الجواز من الكفء لا من غيره ثم رجع الى الجواز مطلقا من الكفء وغيره وروايتان عن محمد رح انعقاده موقوفا على اجازة الولي ان اجازه نفذ والا بطل الا اذا كان كفؤا وامتنع الولي يجدد القاضي العقد ولا يلتفت اليه ورواية رجوعه الى ظاهر

لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض الى الزوج مخل بها الا ان محمدا رحمه الله يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار

الرواية فتحصل ان الثابت الان هو اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقا من الكفو وغيره هذا على الوجه الذي ذكرناه عن ابي يوسف من ترتيب الروايات عنده ما ذكره السرخسي رحمه الله واما على ما ذكر الطحاوي رحمه الله من ان قوله المرجوع اليه عدم الجواز الا بولي وكذا الكرخي رحمه الله في مختصره حيث قال وقال ابو يوسف لا يجوز الا بولي وهو قوله الاخير فلا يرجح بعضهم قول الشيخين لانهما اقدم واعرف بمذهب اصحابنا لكن ظاهر الهداية اعتبار ما نقله السرخسي رحمه الله والتعويل على الهداية حيث قال عند ابي حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف الى آخره وعلى المختار للفتوى لو زوجت المطلقة ثلثا نفسها بغير كفو ودخل بها لا تحل للاول قالوا ينبغي ان تحفظ هذه المسألة فان المحلل في الغالب يكون غير كفو واما لو باشر الولي عقد المحلل فانها تحل للاول اذا اجاز من غير الكفو على ظاهر المذهب فللولي ان يفرق بينهما على ما ذكر في فصل الكفاءة ان شاء الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد بعبارة النساء اصلا اصلية كانت او وكيلة قوله لان النكاح شروع في الاستدلال للقول الشافعي ومالك رحمه الله وهو ان النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته ولا يتحقق ذلك مع كل زوج والتفويض اليهن مخل بهذه المقاصد لانهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار فيخرجن من لا يصلح خصوصا عند غلبة الشهوة وهو غالب حالهن فصارت الانوثة مظنة قصور الرأي لما غلب على طبعهن مما ذكرنا فاستلزم هذا التقرير بسلامة ثبوت الولاية في النكاح الا ان تقلا تمسك انه قاصر عن عموم الدعوى فانها لو عقدت باذن الولي لها في رجل معين كقول محمد لا يصح عندهم والوجه المذكور لا يشمله ولكن نمنع عليه الانوثة ونفيها عن المباشرة كيلا تنسب الى الوقاحة بل العلة الا العصمة على ما بينه والمفسدة المذكورة ليست لازمة لمباشرتها لا غالبة ولا ينافيها الحكم بالانوثة اذ ليست ملزومة لها ولا غالبا كما هو شان المظنة ومجرد الوقوع احيانا لا يوجب المظنة واذا وجد فللولي رفعه وكون ولي يحتشم عن ذلك قليل بالنسبة الى من يقوم في دفع العار المستمر عن نفسه فوقوع المفسدة قليل وتقريرها بعد وقوعها قليل في قليل فاسقت المظنة وبقي انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة بالغة ولهذا كان لها اختيار الازواج فلا تزوج ممن لا ترضاه ثم استشعر ان يورد عليه منع انه خالص حقها والا لم يطالب الولي به فاجاب انما يطالب كيلا تنسب الى الوقاحة وهذا كلام الشيخ وهو غير مفيد الا الوساوس وهو متسق فان لهم ادلة اخرى سمعية هي المعول عليها وهي قوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن نهى الاولياء عن منعهن من نكاح من يخترنه وانما يتحقق المنع ممن في يده الممنوع وهو الانكاح وما في السنن عن عائشة رضي الله عنها قال صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل حسنه الترمذي وقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي رواه ابن داود والترمذي وابن ماجه واحاديث اخر في ذلك والجواب اما الآية فمعناها الحقيقي النهي عن منعهن عن مباشرة النكاح هذا هو حقيقة لا تمنعوهن ان ينكحن اذا اريد بالنكاح العقد هذا بعد تسليم كون الخطاب للاولياء والا فقد قيل للازواج فان الخطاب معهم في اول الآية واذا طلقتم النساء فلا تعضلوهن اي لا تمنعوهن حبسا بعد انقضاء العدة ان يتزوجن ويوافقها قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره لانه حقيقة اسناد الفعل الى الفاعل واما الحديث المذكور وما بمعناه من الاحاديث فمعارضة بقوله صلى الله عليه وسلم الايم احق بنفسها من وليها رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطا والايم من لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا في كتاب الامثال لابي عبيد في امثال اكثم بن صيفي كل ذات بعل ستئيم يضرب لتحول الزمن باهله وانشد قول الاول افاطم اني هالك فتبيني ولا تجزعي كل النساء تئيم وجه الاستدلال انه اثبت لكل منها ومن الولي حقا في ضمن قوله احق ومعلوم انه ليس للولي سوى مباشرة العقد اذا رضيت وقد جعلها احق منه به وبعد هذا اما ان يجري بين هذا الحديث وما رووا احكم المعارضة والترجيح او طريقة الجمع فعلى الاول يترجح هذا بقوة السند وعدم الاختلاف في صحته بخلاف الحديثين فانهما اما ضعيفان

الازواج وانما يطالب الولي بالتزويج كيلا ينسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو

لكن للولي الاعتراض في غير الكفو وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز في غير الكفو لانه كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما

فحديث نكاح الا بولي مضطرب في اسناده في وصله وانقطاعه وارساله قال الترمذي هذا حديث فيه اختلاف روى جماعة منهم اسرائيل وشريك مسنده عن ابي اسحق عن ابي بردة عن ابي موسى الاشعري عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه اسباط بن محمد وزيد بن حبان عن يونس بن ابي اسحق عن ابي بردة عن ابي موسى ورواه ابو عبيدة الحداد عن يونس بن ابي اسحق عن ابي بردة ولم يذكر فيه عن ابي اسحق فقد اضطرب في وصله وانقطاعه ثم قد روى شعبة وسفيان الثوري عن يونس بن ابي اسحق عن ابي بردة عن النبي صلى الله عليه وسلم وهذا اضطراب في ارساله لان ابا بردة لم ير النبي صلى الله عليه وسلم وشعبة وسفيان احفظ من كل من تقدم قال واسنده بعض اصحاب سفيان عن سفيان ولا يصح ثم اسند الى شعبة قال سمعت سفيان الثوري يسال ابا اسحق سمعت ابا بردة يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي قال نعم ولا يخفى ان هذا الكلام الزامي اما على راينا فلا يضر الارسال وحديث عائشة رض عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة وقد انكره الزهري قال الطحاوي وذكر ابن جريج انه سال عنه ابن شهاب فلم يعرفه حدثنا بذلك ابن ابي عمران ثنا يحيى بن معين عن ابن علية عن ابن جريج بذلك واما حسان فبناء على ان الاصح في الاصول ان الوصل والرفع مقدم على الوقف والارسال عند التعارض على الاصح وان كان شعبة وسفيان احفظ من غيرهما لكن حكاية شعبة تفيد انهما سمعاه من ابي اسحق في مجلس واحد ظاهرا وغيرهما سمعوه منه في مجالس وفي الثاني ان الثقة قد ينسى الحديث ولا يعد قادحا في صحته بعد عدالة من روى عنه وثقته ولذلك نظائر اشهرها ما روي ان ربيعة ذكر لسهيل بن ابي صالح حديثا فانكره فقال له ربيعة انت حدثتني به عن ابيك فكان سهيل يقول بعد ذلك حدثني ربيعة عني اللهم الا ان يقال هذا في عدم التكذيب اما اذا كذبه بان يقول ما رويت ذلك فنصوا في الاصول على رده وفي حكاية ابن جريج ايماء الى ذلك في رواية ابن عدي في الكامل ايانا في ترجمة سليمن بن موسى حيث قال قال ابن جريج فلقيت الزهري فسالته عن هذا الحديث فلم يعرفه فقلت له ان سليمن بن موسى حدثنا به عنك قال فاثنى على سليمن خيرا وقال اخشى ان يكون وهم على انسى فهذا اللفظ في عرف المتكلمين من اهل العلم يفيد معنى نفيه بلفظ النفي واما ما صح من ان عائشة رضي الله عنها راوية عملت بخلافه على ما في الموطا عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه عن عائشة انها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن بن المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال ومثلي يفتات عليه في بناته فكلمت عائشة المنذر بن الزبير فقال ان ذلك بيد عبد الرحمن وقال عبد الرحمن ما كنت لارد امرا قضيته فاستقرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقا فاول على معنى انها اذنت في التزويج ومهدت اسبابه فلما تحقق الا العقد اشارت الى من يلي امرها عند غيبة ابيها ان يعقد يدل على ذلك ما روي عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه قال كانت عائشة رض تخطب اليها المراة من اهلها فتشهد فاذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض اهلها زوج فان المراة لا تلي عقد النكاح وفي لفظ فان النساء لا ينكحن اسنده البيهقي عنه وعلى كلا التقديرين فالتقدم للصحيح وهو ما رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطا وهو ما استدل للمتابعة على الثاني وهو اعمال طريقة الجمع فبان يحمل عمومه على الخصوص وذلك شائع وهذا يخص حديث ابي موسى بعد جواز كون النفي للكمال والسنة وهو مجمل قولها فان النساء لا تلي ولا يمكن في رد البيهقي بان يراد بالولي من يتوقف على اذنه اي لا نكاح الا بمن له ولاية لينفي نكاح الكافر المسلمة والمعتوهة والامة والعبد ايضا لان النكاح الى آخره عام غير مقيد وعلى هذا التاويل يتم العمل بالحديث الجامع لاشتراط الشهادة والولي وهو ما قدمناه من رواية ابن حبان في فصل الشهادة ويخص حديث عائشة بمن نكحت غير الكفو والمراد بالباطل حقيقته على قول من لم يصحح ما باشرته من غير كفو او حكمه على قول من يصححه ويثبت للولي حق الخصومة

ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح

فى فسخه كل ذلك شائع فى اطلاق المنصوص ويجب ارتكابه لدفع المعارضة بنيا على انه يخالف مذهبهم فان مفهومه اذا نكحت نفسها باذن وليها كان صحيحا وهو خلاف مذهبهم والله سبحانه اعلم فثبت مع المنقول الوجه المعنوي وهو انها تصرفت فى خالص حقها وهو نفسها وهى من اهله كالمال فيجب تصحيحه مع كونه خلاف الاولى **قوله** لا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح معنى الاجبار ان يباشر العقد فينفذ عليها شاءت او ابت ومبنى الخلاف ان علة ثبوت ولاية الاجبار اهو الصغر او البكارة فعندنا الصغر وعند الشافعي البكارة فانبنى عليه هذه ما اذا زوج الاب الصغيرة فدخل بها وطلقت قبل البلوغ لم يجز للاب تزويجها عنده حتى تبلغ فتشاور لعدم البكارة وعندنا له تزويجها لوجود الصغر وحاصل وجه قوله انه الحق البكر الكبيرة بالبكر الصغيرة فى ثبوت ولاية اجبارها فى النكاح بجامع الجهل بامر النكاح وعاقبته ونحن نمنع ان الجهل بامر النكاح هو العلة فى الاصل بل هو معلوم الالغاء للقطع بجواز عقد البيع والشراء ممن جهله لعدم الممارسة مع ان الجهل منتف لانه قلما تجهل البالغة معنى عقد النكاح وحكمه وبهذا يسقط ما يمكن ان يقال لكن الجهل حكمة تعليق الحكم بالصغر كما ذكرتم لكن يجوز تعدية الحكم باعتبار الحكمة المجردة ان وجدت على المختار بل تعليق الحكم فى الاصل بالصغر المتضمن لقصور العقل المخرج له عن اهلية ان يرجع اليه فى رأي او ان يلتفت اليه فى امر وهو هذا الذى ظهر اثره فى التصرفات من البيع والشراء والاجارة والاقتصار وغيرها من سائر التصرفات اتفاقا على ان الخلاف فى الحكمة المجردة الظاهرة المنضبطة وظاهر كلام الفريقين هناك ان ذلك لم يتحقق فى الشرع بعد ثم لا يخفى ان الجهل غير منضبط بل يختلف باختلاف الاشخاص فلا يعتبر اصلا بل المظنة والكلام فيها اهى البكارة او الصغر فقلنا الصغر اما البكارة فمعلوم الغاء وتمامه من الصريح والدلالة وهو نوع من الاقتضاء ومقصود الشرح اما الصريح ففى سنن ابى داؤد والنسائي وابن ماجه ومسند الامام احمد من حديث ابن عباس رضي ان جارية بكرا اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ان اباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم وهذا حديث صحيح فانه عن حسين ثنا جرير بن حازم عن ايوب عن عكرمة عن ابن عباس رض وحسين هو ابن محمد المروزي احد المخرج لهم فى الصحيحين وقول البيهقي انه مرسل لرواية ابى داؤد ونقل ابن ابى حاتم عن ابيه تخطئة الوصل لرواية حماد بن زيد وابن علية عن ايوب عن عكرمة من حديث محمد بن عبيد عن حماد بن زيد عن ايوب عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا ونسبة الوهم فى الوصل الى حسين لانه لم يروه عن جرير غيره مردود اما اولا فلا حجية المرسل الصحيح واما ثانيا فقد تابع حسينا على الوصل عن جرير سليمن بن حرب كما نقله صاحب التنقيح عن الخطيب البغدادي قال فبرئت عهدته يعنى حسينا وزالت تبعته ثم اسند عنه قال ورواه ايوب بن سويد هكذا عن الثوري عن ايوب موصولا وكذا رواه معمر بن سليمان عن زيد بن حبان عن ايوب فزال الريب وصار الحاصل ان عكرمة قال مرة ان جارية بكرا اتت النبي صلى الله عليه وسلم فارسل وذكر مرة اخرى الواسطة بينه وبين النبي صلى الله عليه وسلم ولا مانع فى ذلك قال ابن القطان حديث ابن عباس رض هذا صحيح وليست هذه خنساء بنت خذام التي زوجها ابوها وهى ثيب فكرهته فرد النبي صلى الله عليه وسلم نكاحه فان هذه بكر وتلك ثيب انتهى على انه روى ان خنساء ايضا كانت بكرا اخرج النسائي فى سننه حديثها وفيه انها كانت بكرا اورده عن عبد الله بن يزيد عن خنساء قالت انكحني ابى وانا كارهة وانا بكر فشكوت ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم الحديث لكن رواية البخاري تترجح قال ابن القطان والدليل على انهما ثنتان ما اخرجه الدارقطني عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح ثيب وبكر انكحهما ابوهما وهما كارهتان قال ابن القطان وتزوجت خنساء من ابي لبابة وهو ابو لبابة بن عبد المنذر صرح به فى سنن ابن ماجه فولدت له السائب بن ابى لبابة انتهى هذا الحديث وان كان فيه اسحق بن ابراهيم بن جرير الطبري وهو ضعيف لكن لم يتفرد به عن الذماري فقد رواه عنه ايضا ابو سلمة مسلم بن محمد بن عمار الصيداوي فى

لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية الاجبار والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب اليها فصار كالغلام وكالتصرف في المال

ورواه الدارقطني نفسه عن الثوري موصولا ومرسلا عن يحيى عن المهاجر عن عكرمة مرسلا وعلى كل حال تم به المقصود والذي وصله ثقة واخرج الدارقطني عن شعيب بن اسحق عن الاوزاعي عن عطاء عن جابر ان رجلا زوج ابنته وهي بكر من غير امرها فاتت النبي صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما وهذا عن جابر ووهم شعيبا في رفعه قال والصحيح انه مرسل وبه يتم مقصودنا اذ المرسل حجة واما لانا ذكرناه للاستشهاد والتقوية لاحاديث اخر رويت عن ابن عمر وعائشة تكلم فيها واما ما استدلوا به من قوله صلى الله عليه وسلم الثيب احق بنفسها من وليها والبكر تستأمر وابوها في نفسها باعتبار انه خص الثيب بانها احق فافاد ان البكر ليست احق بنفسها منه فاستفاده وذلك بالمفهوم وهو ليس حجة عندنا ولو سلم فلا يعارض المفهوم الصريح الذي ذكرناه من ... ولو سلم فنفس نظم الباقي من الحديث يخالف المفهوم وهو قوله والبكر تستأمر الى آخره اذ وجوب الاستئمار على ما يفيده لفظ الخبر مناف للاجبار لانه طلب الامر والاذن وفائدته الظاهرة ليست الا ليستعلم رضاها او عدمه فيعمل على وفقه هذا هو الظاهر من طلب الاستئذان فيجب البقاء معه وتقديمه على المفهوم ولو عارضه والى مثل هذا نظر من لفظ اثبات الاحقية للثيب في نفسها مطلقا ثم اثبت مثله للبكر حيث اثبت لها حق ان تستأمر وغاية الامر انه نص على احقية كل من الثيب والبكر بلفظ يخصها كانه قال الثيب احق بنفسها والبكر احق بنفسها ايضا غير انه افاد احقية البكر باخراجه في ضمن اثبات حق الاستئمار لها وسببه ان البكر لا تخطب الى نفسها عادة بل الى وليها بخلاف الثيب فلما كان الحال انها احق بنفسها وخطبتها تقع للولي صرح بايجاب استئمارها فلا تفتات عليها بتزويجها قبل ان يظهر رضاها بالخاطب ويعضد هذا المعنى الرواية الاخرى الثابتة في صحيح مسلم وابي داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطأ الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها واذنها صماتها والايم من لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا على ما ذكرناه قريبا فانها صريحة في اثبات الاحقية للبكر ثم تخصيصها بالاستئذان وذلك لما قلنا من السبب وبه تتفق الروايتان بخلاف ما مشى عليه فانه اثبات المعارضة بينهما وتخصيص المنطوق وهو الايم لاعمال المفهوم مع ان باقي نص رواية الثيب ظاهر في خلاف المفهوم على ما قررناه فيجب الرد الذي صح عنه صلى الله عليه وسلم كما فلا يجوز العدول عما ذهبنا اليه في تقرير الحديث خصوصا وهو جمع ظاهر بطريق الحمل والتخصيص لا يدفعه قاعدة لغوية ولا اصلية وفي سنن النسائي عن عائشة رضي الله عنها ان فتاة دخلت عليها فقالت ان ابي زوجني ابن اخيه ليرفع بي خسيسته وانا كارهة قالت اجلسي حتى يأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته فارسل الى ابيها فجعل الامر اليها فقالت يا رسول الله قد اجزت ما صنع ابي وانما اردت ان اعلم النساء ان ليس الى الآباء من الامر شيء وهذا يفيد بعمومه ان ليس لها المباشرة حقا ثابتا بل بالاستحباب ففيه دليل من جهة تقريره صلى الله عليه وسلم قولها ذلك ايضا وهو حديث حجة وما قيل هو مرسل ابن ابي بريدة فالمرسل حجة وبعد التسليم فليس بصحيح فان سند النسائي ثنا زياد بن ايوب عن علي بن غراب عن كهمس بن الحسن عن عبد الله بن بريدة ورواه ابن ماجة ثنا هناد بن السري ثنا وكيع عن كهمس بن الحسن عن ابن بريدة عن ابيه قال جاءت فتاة وحمله على ان ذلك لعدم الكفاءة خلاف الاصل مع ان العرب انما يعتبرون في الكفاءة النسب والزوج كان ابن عمها واما الدلالة فلا ولاية له ان يتصرف في اقل شيء من مال البكر البالغة الا باذنها وكل المال دون النفس فكيف يملك ان يخرجها مسترقة لمن هو ابغض الخلق اليها وبكارتها ومعلوم ان في طلب جميع مالها اهون عليها من ذلك وهذا مما ينبو عنه قواعد الشرع واما الاقتضاء فجميع ما في الستة من الصحاح والحسان المصرحة باستئذان البكر ومنع التنفيذ عليها بلا اذنها كما في حديث ابي هريرة رضي الله عنه لا تنكح البكر حتى تستأذن الحديث وسياقه لا يعقل له فائدة الا العمل على وفقه لاستحالة ان يكون الغرض من التنفيذ انها لا تخالف فلو كان الاجبار ثابتا لزم ذلك ودعوى الامر بالاستئذان عن الفائدة بل لزمت الاحالة ولم يمكن الاقتضاء المصطلح قلنا فيما تقدم انه نوع منه قلنا وظهر لجمهور الازل ان الايجاب باستئذانها صريح في نفي اجبارها والولاية

وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها قال فاذا استأذنها الولي فسكتت او ضحكت فهو اذن لقوله عليه السلام البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جهة الرضاء فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على الرضاء من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضاء واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا

عليها في ذلك وانما تحقيق مقصود شرعية العقد فان المقصود من شرعيته انتظام المصالح بين الزوجين ليحصل النسل ويتربى ولا يتحقق ذلك مع غاية المنافرة فاذا عرف قيام سبب انتفاء المقصود الشرعي قبل الشروع وجب ان لا يجوز لانه عقد لا يترتب عليه فائدة تظاهر انتفاؤها اذا لم يكن ذلك نادرا ثم ليس بمعبد العقد والله سبحانه اعلم قوله وانما يملك الاب الخ يعني ان العادة جرت بقبض الآباء اصدقة الابكار ليجهزوهن بها مع اموال انفسهم من غير معارضة البنات في ذلك لا بائهن للاستحياء البنات من المطالبة والاقتضاء فكان الاذن ثابتا دلالة تظهر آثاره فيما ذكرنا فمن ذلك يبرأ الزوج بالدفع اليه الا ان يوجد نهيها صريحا لان الدلالة لا تعتبر مع الصريح بخلاف متعلقها من غير قبض الاب بصدقتها انه لا يملك الا قبض المسمى حتى لو كانت بيضا ليس له قبض السود ولا العكس لانه استبدال ولا يملكه قال الحلواني هذا مذهب علمائنا وعن جماعة انهم جوزوا وهو رفق بالناس وفي الفتاوى الصغرى وان قبض الضياع يعني بدل المسمى لا يجوز الا في مكان جرت العادة فيه بذلك كما في رساتيقنا يأخذون بعض المهر ضياعا هذا اذا كانت كبيرة بكرا فلو كانت صغيرة جاز قبض الضياع وغيرها مما يختاره لانه بيع والاب يملك بيع مال الصغيرة وفي النوازل وان كان في بلد يتعارفون قبض الضياع باضعاف قيمتها جاز لانه قبض المهر بحكم العرف وليس شراء في الحقيقة وللاب ان يطالب بالمهر ان كانت الزوجة صغيرة لا يستمتع بها بخلاف النفقة لانها جزاء الاحتباس ووجوب المهر حكم نفس العقد والجد عند عدم الاب كالاب لا يملك غيرهما قبض المهر الا الام الا بحكم الوصاية والزوجة صغيرة حتى لو قبضت الام بلا وصاية فكبرت البنت لها مطالبة الزوج ويرجع هو على الام كذا ذكر في جوامع الفقه زاد وللقاضي قبض صداق البكر صغيرة كانت او كبيرة الا اذا نهت ولو طلب الاب مهرها اعني البكر البالغة فقال الزوج دخلت بها يعني فلا تملك قبضه لانها خرجت عن حكم الابكار وقال الاب بل هي بكر في منزلي فالقول قول الاب لان الزوج يدعي مانعا بلا بينة فان قال الزوج حلفه انه لم يعلم اني دخلت بها قال الصدر يحتمل ان يحلف وهو صواب لان الاب لو اقر بذلك صح اقراره في حق نفسه حتى لم يكن له ان يطالب بالمهر وكان المطالبة للبنت فكان تحليفه مفيدا ورأيت في ادب القاضي انه لا يحلف ولو طالبت الزوج فادعى دفعه للاب والابنة تنكر فان الاب اقر انه قبضه ان كانت البنت بكرا وقت الاقرار صدق والا فلا لان اقراره حالة البكارة في حال ولاية قبضه بخلاف حال الثيوبة ولا يشكل عدم تصديقه حال الثيوبة ما اذا كانت كبيرة فلو كانت صغيرة صدق ولو تزوجها صغيرة فدخل بها ثم بلغت فطلبت المهر فقال الزوج دفعت الى ابيك وانت صغيرة وصدقه الاب لا يصح اقراره عليها اليوم ولها ان تأخذ المهر من الزوج وليس للزوج ان يرجع على الاب لانه اقر باستحقاقه القبض الا ان قال عند قبض المهر اخذته منك على ان ابرئك من صداق بنتي ثم له ان يرجع عليه اذا انكرت قوله واذا استأذنها فسكتت الخ ظاهر حكما ودليلا والمراد بالسكوت الاختياري فلو اخذها سعال او عطاس او اخذ فمها فخلصت فردت ارتد ولا فرق بين العلم والجهل في التجنيس زوجها ابوها فسكتت وهي لا تعلم ان السكوت رضا جاز ولو تبسمت يكون رضا في الصحيح وما حكاه بقوله وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة لا يكون رضا وضحك الاستهزاء لا يخفى عن غيره واذا بكت بلا صوت لا يكون ردا اختير للفتوى وعن ابي يوسف في البكاء انه رضى لانه لشدة الحياء وعن محمد رد لانه وضع لاظهار الكراهة والمعول اعتبار قرائن الاحوال في البكاء والضحك فان تعارضت او اشكل احتيط وعن هذا اعتبر بعضهم ان دموعها ان كانت حارة فهو رد او باردة فهو رضا لكنه اعتبار قليل الجدوى وعديم الاحساس ينبغي الدمع لا يتهيأ الا لحذاق الباكي ولو ذهب الانسان يحسه لا يدرك حقيقة المقصود وليس بمعتاد ولا يطمئن القلب الى انه كذا وذكر شيخ الاسلام وغيره مسائل اعتبر السكوت فيها رضى منها هذه وضممت اليها ما تيسر وقد جمعتها في هذه الابيات تسهيلا لحفظها

سكوت بكر في النكاح وفي قبض الابن صداقها اذن و

بعض الملك والمبيع ولو في فاسد واذا اشترى لما حق وكذا الصبي وذو التشاور اذا كان للخيار كذا اسكت مولى الاسير وهو يرى عبده الوليد اذا فقعى الرشد

قال وان فعل هذا غير الولي يعني استأمر غير الولي او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضاء ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه ويعتبر في الاستيمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه

وعقيب شق الزق او صب ونحوه يعني به الاسكان اذ كلموا به وعقيب قول موانع يعني به او وضع مالك الدار ونحوه وطئ جارية وزوجها عقيل لا مين بذلك قد سبق به وكذا الشفيع وذو الجهالة في النسب بشراء من حصن به واذا يقول لغيره لم سكت به هذا متاعي بعه يا من به واذا راى مالكا يباع له وتصرف فواز مسائلهم يرده قوى في سكوت بكر ليثيل ما قبل النكاح وما بعده اعني اذا زوجها فبلغها فسكتت قولي قبض الملك يدخل فيه الموهوب والمتصدق به اذا قبضها براي من الملك فسكت كان قبضا معتبرا يثبت به الملك وكذا البيع ولو في بيع فاسد اذا قبضه المشتري براي من البائع فسكت صح فيسقط حق حبس البائع اياه الى استيفاء الثمن فليس له ان يسترده بل يطالب بالثمن وفي كتاب الاكراه لا يكون اذنا صحيحا في الفاسد واذا اشترى ثمن يعني اذا اشترى العبد شيئا بحضرة سيده فسكت كان اذنا قال الحلوائي لكن نفس هذا العقد فيه لا يجوز بل ما بعده والصبي اذا اشترى او باع براي من وليه فسكت كالعبد ونحوه والشرى اي المشتري عبدا اذا كان له الخيار فراى العبد يبيع ويشتري فسكت سقط خياره لان الاذن فرع نفاذ البيع ومولى الاسير اي العبد الذي اسره اهل دار الحرب فوقع في سهم مسلم كان مولاه احق به بالقيمة فلو باعه من آخر ومولاه يراه فسكت بطل حقه وليس له ان ياخذه وابو الولد اذا سكت عن نفيه حتى مضت ايام التهنئة على الخلاف في مقدارها ضابطه الاسبوع او مدة النفاس لزمه فلا ينتفي بعده والسكوت عقيب شق رجل زقه حتى سال ما فيه لا يضمن الشاق ما سال وعقيب حلف على ان لا اسكن فلانا وفلان ساكن فيه ثم قال عقيب الحلف فابى لم يحنث وعقيب قول موافع اي رجل اقبح غيره على ان يطلب مبيع بيده ثم قال بدا لي جعله بيعا نافذا المبيع من الاخر فسكت كان نافذا وعقيب رجل وضع متاعه بحضرته وهو ينظر اليه يكون قبولا للوديعة فيلزمه حفظها ويتضمن بتركه والشفيع اذا بلغه بيع ما يشفع فيه فسكت كان تسليما وذو الجهالة مجهول النسب اذا بيع فسكت فهو اقرار بالرق فلا يقبل دعواه الحرية الا ببينة زاد الحلوائي في اعتبار سكوته رضا وقيل له قم مع سيدك فقام واذا يقول رجل لغيره بع متاعي فسكت ثم باعه بعده يكون سكوته قبولا للوكالة الا ان يحتج وليس من فروع هذه ما في الجوامع لو استامر بنت عمه لنفسه وهي بكر بالغة فسكتت فزوجها من نفسه جاز لانه صار وكيلا بسكوتها واذا راى ملكا منقولا او عقارا يباع فسكت حتى قبضه المشتري وتصرف فيه زمانا سقط دعواه اياه ذكره في تتمة الفقهاء وغيرها بخلاف ما لو كان سكوته عند مجرد البيع فانه لا يكون رضا واعتبر اخبار ان لاحق له فيه عندنا خلافا لابن ابي ليلى والتي زوجتها ساكتة للوديعة والاستقراء يفيد عدم الحصر وهذه المشهورة لا الحصر

قوله وان فعل هذا اي الاستئذان غير ولي بان كان الاب كافرا او عبدا او مكاتبا او ولي غيره اولى منه كالاخ مع الاب لم يكن سكوتها ولا ضحكها رضى بل نطقها به وهذا يشمل رسول الولي فاخرجه آخرا بقوله بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه سكوتها عند استئذانه رضا وعن الكرخي يكفي سكوتها ولو كان المستامر اجنبيا لان استحياءها منه اكثر منه مع الولي قلنا السكوت فيه لظاهر آخر وهو قلة الالتفات الى كلامه فصار محتملا على السواء فلم يقع دلالة على الرضا الالحاجة وهي تندفع باعتباره مع الاولياء لانهم هم المزوجون غالبا فكان اعتباره في محل الحاجة بخلاف غيرهم اذ لا يعتبر المحتمل في غير محل الحاجة وانما كان حاجة لانها لا تستحي فلو لم يكتف بالمحتمل تعطلت مصالحها وهذا يقتضي انه مع الاولياء ايضا محتمل على السواء وهنا فيه قوله لان جنبة الرضا فيه راجحة فكان الاولى الاقتصار على قوله فلم يقع دلالة على الرضا وقول المص ولو وقع كان محتملا ظاهر العبارة ولو وقع دلالة كان محتملا ان اراد احتمالا مساويا لم يصح جعله دلالة وان اراد مرجوحا كان الرضا منطوقا فهو دلالة فيكون كافيا مطلقا لا يتقيد بحال كون المستامر وليا فان قيل يشكل على هذا الحكم المذكور اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم اذنها ان تسكت ونحوه من غير تقييد بكون المستامر وليا قلنا يتقيد بالعرف والعادة وهي ان المستاذن للبكر ليس الا الولي بل لا يكلمها غيره قوله ويعتبر في الاستيمار اي يعتبر في كون السكوت رضا في الاستيمار تسمية الزوج على وجه يقع به المعرفة لها اما باسمه

ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح لان النكاح صحيح بدونه ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة فى السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابى حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا

كما زوجك من فلان او فلان او فى ضمن العام لا لكل عام نحو من جيرانى او بنى عمى وهم محصورون معروفون لها لان عند ذلك لا يعارض كون سكوتها رضا معارض بخلاف من بنى تميم او من رجل لانه عدم تسميته يضعف الظن ولو زوجها بحضرتها فسكتت اختلف فيه والاصح الصحة وينبغى تقييده بما اذا كان الزوج حاضرا او عرفته قبل ذلك ولو زوجها بحضرتها بغير كفو فسكتت لم يكن رضا فى قول محمد بن سلمة وهو قول ابى يوسف ومحمد قال الفقيه ابو الليث وهو يوافق قولهما فى الصغيرة **قوله** ولا يشترط تسمية المهر اى فى كون السكوت رضا وقيل يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصداق قلة وكثرة والصحيح الاول لان النكاح صحيح بدونه وصحح فى شرح الوافى ان المزوج ان كان الاب او الجد لا يشترط والا يشترط لان الاب لو نزل عن مهر المثل لا يكون الا لمصلحة تربو عليه فان سمى المهر اقل من مهر المثل لا يكون سكوتها رضا انتهى والاوجه الاطلاق وما ذكر من التفصيل ليس بشئ لان ذلك فى تزويجه الصغيرة بحكم الجبر والكلام فى الكبيرة التى وجبت مشاورتها والاب فى ذلك كالاجنبى لا يصدر عن شئ من امرها الا برضاها غير ان رضاها يثبت بالسكوت عند عدم ما يضعف ظن كونه رضا ومقتضى النظر ان لا يصح بلا تسمية المهر لها لجواز كونها لا ترضى الا بالزائد على مهر المثل بكية خاصة فالم تعلم ثبوتها لا تر ضا وصحة العقد بلا تسمية هو فيما اذا رضيت بالتفويض ونحن بمهر المثل بدلالة زائدة على السكوت وكون الظاهر من الاب ان لا يترك الا ما يربو عليه لا يقتضى رضاها بتركه لذلك المصلحة فقد لا تختار ذلك والكلام فى البكر الكبيرة والمسئلة المعروفة فيه من قول ابى حنيفة انما هو فى الصغيرة اما الكبيرة فنفاذ تزويج الاب موقوف على رضاها كالوكيل غير ان سكوتها جعل دلالة شرعا فاذا عارضه ترك التسمية او تسمية الناقص صار محتملا على السواء لكونه للرضا او لخوف الرجوع مع عدمه فلا يثبت الرضا به وفى غيره ليس الاحتمال متساويا بل الراجح جنبة الرضا ما اكتفى الا بالمظنون على ما ذكرناه آنفا وقد يقال سكوتها اذا لم يسم لها الولى مهرا مع علمها بانه يعتبر رضا وينفذ العقد عليها التفويض ورضا بمهر المثل وبكل مهر لكن يدفع بان علمها بان سكوتها مع عدم التسمية يكمل مهر محل النزاع فلا يلزم علمها وفى التجنيس فى باب ما يكون رضا واجازة اذا ذكر الزوج ولم يذكر المهر فسكتت ان وهبها يعنى فوضها ينفذ النكاح فان زوجها بمهر مسمى لا ينفذ لانه اذا وهبها فتمام العقد بالزوج والمرأة عالمة به واذا سمى مهرا فتمامه به ايضا انتهى وهو فرع اشتراط التسمية فى السكوت كون رضا ثم كون الجواب فى المسئلة الاولى مقيدا بما اذا علمت بالتفويض تفريعا على القول الآخر **قوله** ولو زوجها فبلغها الخبر فهو على ما ذكرنا من انها ان سكتت او ضحكت بلا استهزاء او بكت بغير صوت فهو رضا والا فلا وقال ابن مقاتل لا يكون السكوت بعد العقد رضا لان كونه قبله رضا على خلاف القياس بالنص واما بعده فالحاجة الى الاجازة والسكوت لا يكون اجازة لانه ليس فى معنى المنصوص فان السكوت عند الاستيمار ليس ملزما وبعده اذا بلغها الخبر ملزم فلا يثبت بمجرد السكوت وعن ابى يوسف والسكوت بعد العقد رد ذكره فى البدائع قال وهو قول محمد والاصح الاول لان وجه كون السكوت رضا لا يختلف قبل العقد وبعده فلما كان اذنا قبله لدلالته على الرضا وجب ان يكون اجازة بعده لدلالته عليه ولا اثر للفرق بكونه ملزما وعدمه على ان الحق انه ملزم فى كل منهما غير انه فى تقدم العقد يثبت به اللزوم فى الحال وقبله يتوقف على التزويج من المستاذن فان قيل يوجه قول ابن مقاتل ورواية ابى يوسف بالنص وهو رواية الائمة الستة عن ابى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح الايم حتى تستامر ولا تنكح البكر حتى تستاذن قالوا يا رسول الله وكيف اذنها قال ان تسكت فهذا صريح فى منع النكاح قبل الاستيذان فالجواب ان الاتفاق على انها لو صرحت بالرضا بعد العقد نطقا جاز النكاح مع انه متناول ظاهر النهى فعلم ان الاتفاق على ان المراد بالنهى ان المنع عن تنفيذ العقد عليها بلا رضاها قبل رضاها وانما الخلاف فى ان الاجازة بعد العقد بماذا يكون فقلنا دل النص على كونها بما كان الاذن به قبله ولا يعارضه النهى المذكور بعد الاتفاق على ان المراد ما ذكرنا وعلى هذا فرعوا انه لو استاذنها فى غير معين فردت ثم زوجها منه فسكتت جاز على الاصح بخلاف ما لو بلغها فردت ثم قالت رضيت

[illegible] وتستاذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها واذا زالت بكارتها بوثبة او حيضة او جراحة او تعنيس فهي في حكم الابكار لانها بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولانها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابي حنيفة رحمه الله ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها

حيث لا تجوز لان العقد يبطل بالرد فالرضا بعد ذلك بعقد مفسوخ ولهذا استحسنوا التجديد عند الزفاف فيما اذا زوج قبل الاستيذان اذ غالب حالهن اظهار النفرة عند فجاءة السماع هذا والاوجه عدم الصحة لان ذلك الرد الصريح لا ينزل عن تضعيف كون ذلك السكوت دلالة الرضا ولو كانت قالت قد كنت قلت لا اريد ولم تزد على هذا لا يجوز النكاح لانه اخبار بانها على امتناعها **فروع** ولو زوجها وليان متساويان كل من واحد فسكتت فعن محمد رحمه الله بطلا كما لو اجازتهما معا وهو القياس لان سكوتها رضا وظاهر الجواب انهما موقوفان حتى تجيز احدهما بالقول او بالفعل ونقل في البدائع عن محمد رحمه الله فيه روايتان ولو زوجها من رجل فبلغها فردت ثم قالت في مجلس آخر قد كان قال لها ان اقواما يخطبونك قد رضيت بما تفعل فزوجها من الاول لا ينفذ عليها الا باجازة مستقبلة لان تقديره كانه [illegible] عن فلان [illegible] اقواما آخرين يخطبونك فلا ينصرف رضاها الآن الى ما يعم الاول [illegible] ثم قال لرجل في كربت [illegible] بامراة ترضاها فزوجه المطلقة ثلاثا [illegible] وكذا اذا باع عبدا ثم وكل [illegible] عبدا فاشترى له الاول [illegible] ولو زوجها فبلغها فقالت لا اريد النكاح فهو رد على الاصح وقولها غيره احب الي قبل العقد ليس باذن لانه محتمل [illegible] قبل النكاح بالشك ولا يبطل به بالشك كذا في الواقعات وقولها ذاك اليك اذن وقولها انت اعلم ليس باذن لانه تعريض قولها بالقارسية [illegible] ولو استاذنها فقالت [illegible] لعدم [illegible] وحقيقة [illegible] بالسكوت اخير واما بالاحسن على هذا اختيار الفقيه ابي الليث بخلاف قولها ذاك اليك فانه اذن لانه انما يذكر للتوكيل ولا يخفى ان [illegible] غير واجب [illegible] قوله لا يبطل بعد بالشك [illegible] ذلك انما يتم بعد الصحة وهو بعد الاذن **قوله** ولا تشاور كاخبار الوكيل بالعزل والماذون بالحجر [illegible] واختيار الفداء والشفيع ببيع ما يشفع فيه وفسخ الشركة والمضاربة ووجوب الاحكام على المسلم الذي لم يهاجر في دار الحرب ان كان المخبر رسولا لا يشترط اتفاقا ولو فاسقا او عبدا لانه قائم مقام المرسل فاخباره كاخباره وان فضوليا فعلى الخلاف عنده يشترط في لزوم الحكم العدد او العدالة الواحد فلو اخبر غير المهاجر بحكم شرعي لا يثبت في حقه الا باثنين او عدالة الواحد **قوله** واذا استاذن الثيب اي الكبيرة اما الصغيرة فلا استيذان في حقها اصلا كالبكر الصغيرة فلا بد من رضاها بالقول صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور ولا تكون المشاورة الا بالقول لانها طلب الرأي ثم هي مفاعلة تستدعي وجوده من الجانبين وفي كل من الحكم والدليل نظر اما الدليل فلعدم دلالته على لزوم القول سلمنا ان المشاورة طلب الرأي لكن لا نسلم ان افادة الرأي فعل اللسان بل قد يفاد بغيره ولزوم القول في حق الطالب ضروري لا مفهوم اللغة وكون المشاورة تستدعي جوابا باللفظ ممنوع [illegible] بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابي هريرة رضي الله عنه السابق لا تنكح الايم حتى تستامر والامر بالقول لا بغيره وفي السنن من حديث ابن عباس رضي الله عنهما والبكر تستامر في نفسها واذنها صماتها واجيب بانه خرج عن حقيقته بالقرينة قوله واذنها صماتها ولم يوجد مثلها في الثيب فيجب حقيقته واصرح من هذا قوله في حديث آخر والثيب يعرب عنها لسانها لكن يشكل عليه ان الحكم في المذهب خلافه وهو النظر الثاني بل اذا قالت نعم رضيت وبارك الله لنا واحسنت او بالدلالة بطلب المهر والنفقة وتمكينها من الوطء وقبول التهنئة والضحك سرورا لا استهزاء فلا فرق سوى ان سكوت البكر رضى بخلاف الثيب لانه في حقها من دلالة زائدة على مجرد السكوت والحق ان الكل من قبيل القول الا التمكين فيثبت بدلالة نص الزام القول لانه فوق القول **قوله** واذا زالت بكارتها بوثبة او حيضة او جراحة او تعنيس وهي ان تصير عانسا اي تعنس ولم تتزوج او خرق [illegible] او حمل فتقبل تزوج كالابكار اتفاقا وكذا اذا فارقها الزوج بجب او عنة او طلقها قبل الدخول ولو بعد الخلوة وهذه مما يخالف حكم الخلوة والدخول وكذا اذا مات بعد الخلوة قبل الدخول لانها في هذه الصور كلها بكر حقيقة لان الم صيبها [illegible] لا يكاد [illegible] وقيل [illegible] بالجارية تباع على انها بكر حيث ترد ان وجدت زائلة البكارة بوثبة ونحوها فلو كانت بكرا لم ترد

وإذا قال الزوج للبكر بلغك النكاح فسكتِّ وقالت بل رددتُ فالقول قولها وقال زفر رح القول قوله لأن السكوت أصل والردّ عارض فصار كالمشروط له الخيار إذا ادّعى الردّ بعد مضي المدة ونحن نقول إنه يدعي لزومَ العقد وتملكَ البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودَع إذا ادعى ردّ الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لأن اللزوم قد ظهر بمضي المدة وإن أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لأنه نوّر دعواه وإن لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند أبي حنيفة رح وهي مسئلة الاستحلاف في الأشياء الستة وستأتيك في الدعوى إن شاء الله

والجواب أن البكر يقال على من لم يمسها مصيب ومنه الباكورة لأول الثمار والبكرة لأول النهار وعلى العذراء وهو أخص أي هي من لم يمسها مصيب من إزالة قائمة العذرة فهو متواطئ وحمل على هذا الفرد في البيع المبني على المشاحة فترد لفوات العذرة وهي تلك الجلدة وعلى الأعم الأوسع في النكاح المبني على التوسعة وشدة الشفقة حتى لزم من الهازل والمكره وبصيغة الأمر بخلاف البيع على أنه قد قيل إذا اعترف المشتري بأن زوالها بوثبة لا ترد ولأن العادة إرادة العذرة في اشتراط البكارة في البيع فتتقيد بها وأيضا لو أوصى لأبكار بني فلان دخلت هذه وأيضا الاستحياء قائم وإنها علة منصوصة فيثبت الحكم في مواضع وجودها بالنص وفيه نظر لأن الاستحياء حكمة نص عليها لا مناط الحكم علّق عليها لعدم انضباطها ولذا لو فرض استحياء من زالت بكارتها بزنى أشد من العذراء لا تزوج كالبكر وهذا لأن الحكمة وإن كانت هي المقصودة من شرع الحكم لا يناط بها إذا كان فيها مراتب متفاوتة تزداد خفاء في تحققها في بعض المحال فلا يناط إلا بظاهر منضبط بكل مرتبة وهو المسمى بالعلة فيثبت الحكم عند ثبوته من غير التفات إلى الحكمة وجدت أو عدمت ولو اعتبر حياء البكر لأنه هو المنضبط اتحد الحاصل إذ يستلزم قيام البكارة في ثبوت الحكم وإن زالت بزنى مشهور أو بوطء بشبهة أو نكاح فاسد زوجت كالثيبات اتفاقا وإن زالت بزنى غير مشهور فهو محل الخلاف فعندهما والشافعي تزوج كالثيب وعنده كالبكر وجه قولهما أنها ثيب حقيقة لأن مصيبها عائد إليها ومنه المثوبة جزاء عمل يعود إليه والمثابة الموضع الذي يرجع إليه حتى تدخل في الوصية للثيبات من بنات فلان وله أنها عرفت بكرا فتمتنع عن النطق مخافة أن يعلم زناها حياء من ظهوره وذلك أشد من حيائها بكرا من إظهار الرغبة فيثبت الجواز بدلالة نص سكوت البكر وهذا التقييد لو كان الحياء مطلقا هو العلة لكنه حياء البكر الصادر عن كرم الطبيعة فلا يلحق به المنازع فيه وبه يندفع جواب ما أورد من قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الأيم حتى تستأمر والثيب يعرب عنها لسانها من أنه عام خص منه الثيب المجنونة والأمة فتخص بما ذكرنا من جعل الشارع الحياء علة وهو موجود في المزني بها بعين المجيب صرح بعده في مسئلة ثبوت الولاية على الثيب الصغيرة بأن الأيم من لا زوج لها وإن كانت بكرا بدليل قول محمد رح لو أوصى لأيامى بني فلان لا تدخل الأبكار وصح دخولهن كقول الكرخي لذلك والأولى أن الغرض أن الزنى غير مشهور ففي إلزامها النطق إشاعة فيعارض دليل إلزامها النطق دليل المنع من إشاعة الفاحشة في هذه الصورة والمنع يقدم عند التعارض فيعمل دليل نطق الثيب فيما وراء هذه وأيضا الظاهر من مراد الشارع من البكر المعتبر سكوتها رضا البكر ظاهرا كما هو أشار لا في نفس الأمر ولذا لم يوجب على الولي استكشاف حالها عن استيفاء أنها بكر الآن ليكتفي بسكوتها أم لا بل اكتفى بالبناء على الأصل الذي لم يظهر خلافه والكلام هنا في ثبوته بزنى لم يظهر فيجب كونها بكرا شرعا ولذا قلنا لو ظهر لا يكتفى بسكوتها **قوله** إذا قال الزوج بلغك النكاح صورته ادعى على بكر بالغة أن وليها زوجها منه قبل استيذانها فلما بلغها سكتت وقالت بل رددت فالقول لها عندنا وقال زفر رح له لتمسكه بالأصل وهو عدم الكلام ونظير هذا الخلاف فيما إذا قال سيد العبد إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم وقال العبد لم أدخل وكذبه المولى فالقول قول المولى عندنا وعنده للعبد وهذه العبارة أولى من قوله في المبسوط إن الخلاف في مسئلة النكاح بناء على الخلاف في مسئلة العبد إذ ليس كون أحدهما بعينه مبني الخلاف في الآخر بأولى من القلب بل الخلاف فيهما معا ابتداء ووجه قوله فيهما التمسك بالأصل المتبادر وهو عدم الدخول وعدم الكلام قياسا على المتفق عليه من أن المشتري بالخيار إذا ادعى بعد مدة الخيار رد البيع قبل مضيها وقال البائع بل سكت حتى انقضت فإن القول للبائع اتفاقا للتمسك بالأصل والشفيع إذا قال علمت بالبيع أمس وطلبت الشفعة وقال المشتري بل سكت فالقول قول المشتري أما لو قال طلبت الشفعة حين علمت بالبيع فالقول له والمزوجة صغيرة من الولي غير الأب والجد إذا قالت بعد البلوغ كنت رددت حين بلغني الخبر بعد البلوغ أو حين بلغت وكذبها الزوج فإن القول له وعندنا القول لمن يشهد له الظاهر سواء كان ذلك الظاهر هو الأصل بحسب ما يتبادر أو بحسب المعنى ولا يخفى ترجح هذا الاعتبار وإذا كان كذلك فقد

ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة وقال مالك رح يخالف في غير الاب والشافعي رح في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا يتوفر الا بين المتكافيين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفو وجه قول الشافعي رح ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى

ادعى بدعواه سكوتها تملك بضعها من غير ظاهر يعضده وهي تنكر والظاهر الاستمرار على الرد المتيقن من عدم ورود ملك عليها الذي هو الاصل فكانت هي متمسكة بالاصل معنى وهو الظاهر فكان القول لها كالمودع يدعي رد الوديعة والمودع ينكر فان القول لمدعي الرد وان كان مدعيا صورة تمسكا بالاصل الظاهر وهو فراغ ذمته لكونه ظاهرا الا بكونه اصلا بخلاف مسئلة الخيار لان العقد ثبت صحيحا في الاصل وقد لزم بمضي المدة ظاهرا فالتمسك بعدمه تمسك بالظاهر وكذا المزوجة صغيرة تدعي زوال ملكه بعد ما انعقد عليها حال صغرها يقينا والزوج منكر ومسئلة الشفيع ثم ان اقام الزوج البينة على سكوتها عمل بها لانها لم تقم على النفي بل على حالة وجودية في مجلس خاص يحاط بطرفيه او هو نفي يحيط به الشاهد فيقبل كما لو ادعت ان زوجها تكلم بما هو ردة في مجلس فاقاما على عدم التكلم فيه تقبل وكذا اذا قال الشهود كنا عندها ولم نسمعها تتكلم ثبت سكوتها بذلك كذا في الجوامع وان اقاما بينتيها اولى لاثبات الزيادة اعني الرد فانه زائد على السكوت ولو كان اقامها على انها رضيت او اجازت حين علمت ترجحت بينته لاستوائهما في الاثبات وزيادة بينته باثبات اللزوم كذا في الشرح وعشرا في النهاية للتمرتاشي وكذا هو في غير نسخة من الفقه لكن في الخلاصة نقلا عن ادب القاضي للخصاف في هذه المسئلة لو اقام الاب الزوج البينة على الاجازة والمراة على الرد فبينتها اولى فيحصل في هذه الصورة اختلاف المشائخ ولعل وجهه ان السكوت لما كان مما يتحقق الاجازة به لم يزد من شهادة بالاجازة لكونها امر زائد على السكوت ما لم يصرحوا بذلك فلم يجزم باستواء البينتين في الاثبات وهذا كله اذا كان قبل الدخول فلو قالت لم اجز وبعد الدخول لم تصدق على ذلك الا ان كانت مكرهة فالقول لها لظهور دليل السخط دون الرضا ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا لانه يقر عليها بثبوت الملك واقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق لانه لا يملك الزام العقد عليها فلا يعتبر اقراره في لزومها ايضا كذا في المبسوط ولو لم يكن للزوج بينة من عنته من غير يمين تلزمه عند ابي حنيفة رح وعندهما عليها فان نكلت لقي النكاح عندهما وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء وزيد عليها دعوى الامة انها سقطت مستبين الخلق فصارت ام ولد وجمعها في هذين البيتين نكاح وفيء ورق وسرح ولاء نسب ودعوى الامامية فليس بها يمين وجب وسياتي في الدعوى صورها والفتوى على انها فيها وقيل يتامل قاضي في حال المدعي فان ظهر له التعنت قضى بقوله والا فقولها وفي الغاية معزيا الى فتاوى الخاص انه لو ادعى رجل على امراة انه زوجه بنته الصغيرة فانكر يحلف عند ابي حنيفة وفي الكبيرة لا اعتبارا بالاقرار فيهما واستشكل على قوله لان امتناع اليمين عنده لامتناع البدل لا لامتناع الاقرار الا ترى ان امراة لو اقرت لرجل بنكاح نفذ اقرارها ومع هذا لا تحلف لو ادعى عليها فانكرت فالاشبه ان يكون هذا قولهما **قوله** ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي لقوله تعالى واللائي لم يحضن فاثبت العدة للصغيرة وهو فرع تصور نكاحها شرعا فبطل منع ابن شبرمة وابي بكر الاصم منه وتزويج ابي بكر عائشة رضه وهي بنت ست نص قريب من المتواتر وتزويج قدامة بن مظعون بنت الزبير يوم ولدت مع علم الصحابة رضي الله عنهم نص في فهم الصحابة عدم الخصوصية في نكاح عائشة رضه **قوله** والولي هو العصبة ومالك يخالف في غير الاب والشافعي في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة فعنده لا ولي عليها احد حتى تبلغ فتزوج باذنها وقد ذكرنا وجه قول مالك رح ان الولاية على الحرة انما تثبت لحاجتها ولا حاجة قبل البلوغ لعدم الشهوة الا ان ولاية الاب تثبت نصا بخلاف القياس لان اثر الحرية دفع سلطنة الغير وهو تزويج ابي بكر عائشة رضه وهي بنت ست والجد ليس في معنى الاب ليلحق به دلالة لقصور شفقته بالنسبة اليه ولذا يقدم وصي الاب عليه فيقتصر على مورد النص قلنا بل هو موافق للقياس لان النكاح يراد لمقاصده ولا يتوفر الا بين المتكافيين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبات ولاية الاب بالنص بعلة احراز الكفو اذا ظفر به للحاجة اليه اذ قد لا يظفر بمثله اذا فات بعد حصوله فيتعدى الى الجد

ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما فى الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه فى سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف
فى المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الالزام ووجه قوله
فى المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأى لوجود الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من
تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأى بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذى يؤيد كلامنا
فيما تقدم قوله عليه السلام النكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب فى العصبات فى ولاية النكاح كالترتيب فى الارث والابعد محجوب بالاقرب
فان زوجهما الاب او الجد يعنى الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الرأى وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه
برضاهما بعد البلوغ وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رح

قول الشافعى رح ان التفويض الى غيرهما مخل بها القصور شفقة لبعد قرابة ودلالة الاجماع على اعتبار ما فيه من القصور سالبا للولاية وهو الاجماع
على عدم ولاية فى المال الابوية وهو ادنى من النفس فسلبها فى النفس اولى ولما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر
واليتيمة الصغيرة التى لا اب لها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم وفى الحديث ان قدامة بن مظعون زوج بنت اخيه عثمن بن مظعون من ابن عمر رض
فرد صلى الله عليه وسلم وقال انها يتيمة وانها لا تنكح حتى تستأمر وتأثير هذا الوصف ان فى زوجها قاصر الشفقة حتى لم تثبت له ولاية فى المال ففى النفس اولى ان
لا تثبت ولنا قوله تعالى فان خفتم الا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الاية منع من نكاحهن عند خوف عدم العدل فيهن
وهذا فرع جواز نكاحها عدم الخوف لا يقال ذلك بمفهوم الشرط لان الاصل جواز نكاح غير المحرمات مطلقا فمنع من هذه عند خوف عدم العدل فعند عدمه
يثبت الجواز بالاصل لا مضافا الى الشرط ويصرح بجواز نكاحها قول عائشة رض انها نزلت فى يتيمة تكون فى حجر وليها يرغب فى مالها ولا يقسط فى صداقها فنهوا
عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن سنتهن فى الصداق وقالت فى قوله تعالى فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتونهن ما كتب لهن الاية نزلت فى يتيمة تكون فى حجر وليها ولا يرغب
فى نكاحها لدمامتها ولا يزوجها من غيره كى لا يشاركه فى مالها فانزل الله تعالى هذه الاية فهذه الاية امر بتزويجهن من غيرهم او بتزوجهن وزوج صلى الله عليه
وسلم بنت عمه حمزة رض من عمر بن ابى سلمة وهى صغيرة وانما زوجها بالعصوبة لا بالولاية تثبت بالنبوة لانه صلى الله عليه وسلم لم يزوج بها قط ولو فعل لم يزوج احد الا منه
لكن كانوا يتزوجون من غير علمه وحضوره على ما فى حديث جابر انه سأله عن تزوجه فذكر انها ثيب فقال هلا بكرا الحديث ورأى على عبد الرحمن بن عوف الصفرة فقال
مهيم قال تزوجت وسأله كم ساق لها والاثار فى جواز ذلك شهيرة عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عمر وابى هريرة رضى الله عنهم والمعنى ان الحاجة الى الكفو ثابتة لان
مقاصد النكاح انما تتم معه وانما يظفر به فى وقت دون وقت والولاية لعلة الحاجة فيجب اثباتها احرازا لهذه المصلحة مع ان اصل القرابة داعية الى
الشفقة غير ان فى هذه القرابة قصورا اظهرناه فى اثبات الخيار لها اذا بلغت واذا قام دليل الجواز وجب كون المراد باليتيمة فى الحديث اليتيمة البالغة
مجازا باعتبار ما كان الا ترى انه صلى الله عليه وسلم غيّى المنع بالاستيمار وانما تستأمر البالغة وحديث قدامة تأويله انه خيرها صلى الله عليه وسلم فاختارت
الفسخ الا ترى الى ما روى عن ابن عمر رض انه قال والله لقد انتزعت منى بعد ان ملكتها واما المال فانه لا يعارض ذلك القدر من الشفقة كونه محبوب الطبع
حبا يفضى الى القطيعة عند المعارضة فى قرابة العصبات بالخيانة فيه لنفسه او لغيره بالمحاباة ويخفى لتعذر احضاره لتداول الايدى عليه ولجهالته
او نسيانه او التسوى فى العوض فى المقايضة فلا تفيد الولاية غير الملزمة فائدة عدم اللزوم وهو التدارك فانتفت والملزمة منتفية لقصور الشفقة
فتعذر اثبات الولاية وحاصله ان القرابة مع قصور الشفقة مقتضاها ولاية غير لازمة وقد تعذر مقتضاها فى المال فانتفت فيه وامكن فى النفس
فثبتت فيه وهذا لما ثبت فيه من الخيار عند البلوغ والرد قبله من القاضى عند الاطلاع على عدم النظر من تنقيص مهر او عدم كفاءة ووجه قوله
فى الثيب الصغيرة انها لا حاجة ولا حاجة بحدوث الرأى فى امر النكاح لممارسته ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور وافاد منع النكاح قبل
المشاورة ولا مشاورة فى حالة الصغر فلا نكاح حالة الصغر وهو المطلوب ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة الى احراز الكفو والولاية عليها فى النكاح مع عدم
الشهوة ليس الا لتحصيله ولا رأى حالة الصغر باعترافه حيث منع المشاورة قبل البلوغ لعدم اهلية المشاورة حتى اخر جواز انكاحها الى البلوغ فكان
اصل هذا الكلام تناقضا فان سلب الولاية لعلة حدوث الرأى لتصريح بحدوث الرأى تأخير نكاحها لعدم اهلية المشاورة تناقضه فلزم كون المراد بالثيب
فى الحديث البالغة حيث علق بالثيوبة ما لا يعتبر الا بعد البلوغ فاذا لم يحدث الرأى قبل البلوغ والحاجة متحققة قبله تثبت الولاية لتحقق الحاجة على ما ذكرنا

وقال ابو يوسف رحمه الله لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في احدهما ونقصان الشفقة في الآخر فيتخير ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الآخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد به

ثم اما الولاية العصبة قال المصنف رحمه الله يريد كلاما فيما تقدم يعني من جواز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجها الولي العصبة مطلقا ابدا كعنيا مرتبة اثباته بما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل بين الاب والجد وغيرهما من العصبات في صورة الصغر او لما روي عن علي موقوفا ومرفوعا وذكره سبط ابن الجوزي بلفظ الانكاح وتقدم تزويجه صلى الله عليه وسلم امامة بنت عمه حمزة وهي صغيرة وقال لها الخيار اذا بلغت هذا والترتيب في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب فتقدم عصبة النسب واولاهم الابن وابنه وان سفل لا يتاتى الا في المعتوهة وهذا قولهما خلافا لمحمد فانه يرى ان الاب مقدم على الابن وسياتي المسئلة وهل ثبت الخيار للام المعتوهة اذا افاقت وقد زوجها الابن في الاصح ولو زوجها الابن فهو كالاب بل اولى ثم الاب ثم الجد ابوه ثم الاخ الشقيق ثم الاب وذكر الكرخي رحمه الله ان الاخ والجد يشتركان في الولاية عندهما وعند ابي حنيفة رضي الله عنه في عنايته يقدم الجد كما هو الخلاف في الميراث والاصح ان الجد اولى بالتزويج اتفاقا ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب ثم العم الشقيق ثم لاب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم ثم اعمام الاب كذلك الشقيق ثم ابناؤه ثم عم الجد الشقيق ثم ابناؤه ثم عم الجد لاب ثم ابناؤه وان سفلوا كل هؤلاء تثبت لهم ولاية الاجبار على البنت والذكر في حال صغرها وحال كبرها اذا جنا مثل غلام بلغ عاقلا ثم جن فزوجه ابوه وهو رجل جاز اذا كان جنونا مطبقا ولم يقدره ابو حنيفة في الجنون المطبق قدرا على ما سنذكره فان افاق فلا خيار له فان زوجه اخوه فافاق فله الخيار ثم المعتق وان كان امراة ثم بنوه وان سفلوا ثم عصبته من النسب على ترتيب عصبات النسب اذا عدم العصبات هل تثبت لذوي الارحام ام لا

قوله وقال ابو يوسف يعني اخرا وقوله الاول كقولهما ثم رجع الى ان لا خيار وهو قول عروة بن الزبير اعتبارا بالاب والجد وهذا ان الولاية لم تشرع في غير موضع النظر واذا حكم بالنظر قام عقد الولي مقام عقدها بنفسها بعد البلوغ وقولهما قول ابن عمر وابي هريرة رضي الله عنهم لان قرابة الاخ ناقصة تشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد وقد اظهر الشرع اثر هذا النقصان حيث منع ولايته في المال فيجب اظهاره في النفس مع علمه ناظرا الى اظهار اثره فيجب التدارك باثبات خيار الادراك ولما قدمنا من تزويجه صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رضي الله عنه وهي صغيرة وقال لها الخيار **قوله** وهو الصحيح احتراز عن رواية خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة انه لا يثبت الخيار اذا كان المزوج القاضي لليتيمة لان ولايته اتم من ولاية العم لانها في النفس والمال جميعا وعن ما روي عن ابي حنيفة انه لا خيار فيما اذا زوجت الام لان شفقتها فوق شفقة الاب ووجه الظاهر ظاهر من الكتاب لفا ونشرا مرتبا **قوله** ويشترط فيه اي في الفسخ ويشترط القضاء في الفرقة في مواضع هذه والفرقة بعدم الكفاءة ولنقصان المهر وكلها فسخ والفرقة بالجب والعنة واللعان وكلها طلاق وباباء الزوج الذمية التي اسلمت وهي طلاق خلافا لابي يوسف وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها الى القضاء في قوله تخيير البلوغ والاعتاق فرقة حكما بغير طلاق فقد كفو كذا ونقصان مهر ونكاح فساده باتفاق وملك احد الزوجين او بعض زوج وارتداده كذا على الاطلاق ثم جب وعنة ولعان واباء الزوج فرقة بطلاق وقضاء القاضي في الكل شرطها بغير ملك وردة وعتاق قوله باتفاق احتراز عن الحامل من زنا فان نكاحها جائز عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله فاسد عند ابي يوسف فالفرقة منه بطلاق عندهما وفسخ عنده قوله على الاطلاق احتراز عن قول محمد رحمه الله فان تفريق بين المرتدة من الزوج فهي فرقة بطلاق وبين المراة فهي فسخ وكل فرقة بطلاق اذا وقع عليها في العدة طلقة وقعت الا في اللعان لانه يوجب حرمة مؤبدة وكل فرقة توجب حرمة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها ووجه الاحتياج الى القضاء ما قوله لان الفسخ لدفع ضرر خفي وظاهر العبارة تحقق الضرر وخفاؤه ليس بثابت فالاولى ان يقال لدفع ضرر غير متحقق بل نظرا الى سببه وهو قصور القرابة المشعرة بقصور الشفقة وقد يظهر خلافه مما هو اثر النظر من

فعذرت بالجهل ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس

من كون الزوج كفؤا او المهر تاما والخيار ثابت لها في هذه الحالة كثيرا ما تقدم تكبر الزوج وعدم التفكر فيرى ان فسخها ايضا وقف ممكنا فاحتيج الى القضاء للالزام بناء على تعليق حكم الخيار بمظنة تركا للنظر للحقيقة ولا بدع في خلو المظنة المعلل بها من الحكمة في بعض الصور كما في سفر الملك المرفه في محفة او عمارية كل يوم نصف فرسخ على المركب الهنية تنزها يجوز له القصر ولان في سببه ضعفا وخلافا بين العلماء بخلاف خيار العتق فانه لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها باستدامة النكاح ولهذا يختص بالانثى لاقتصار السبب وهو زيادة الملك عليها بخلاف العبد اذا اعتق فاعتبر خيارها دفعا للضرر زيادة تمكنه منها ولا خلاف فيه فلم يحتج الى القضاء واعترض بان دفعها هذه الزيادة التابعة لاصل النكاح برفعه وفيه جعل التابع متبوعا وهو نقض الاصول لانه عكس المعقول لا يقال الشيء اذا كان تابعا باعتبار الوجود يكون متبوعا في النفي ولا يخفى ان كل لازم نفيه مستلزم لنفي الملزوم مع ان وجوده لازم وجوده فاستتباع الزيادة اصل النكاح في النفي لا يكون عكس المعقول بل دفعه لانا نقول المراد انه لا يجوز ان ينفي التابع اذا كان مستلزما لنفي المتبوع الثابت لتضمنه دفع الاقوى لغرض دفع الادنى والجواب انه اذا كان مقتضى الدليل وجب ويكون ثم رفع المتبوع مقتضى الدليل لا واسطة اقتضائه لزومه وهو ثابت هنا وهو النص فالوجه في السؤال طلب حكمة مع انه يتضمن ضرر الزوج فلم رجح دفع ضررها على ضرره والجواب ان دفع ضررها يبطل حقا مشتركا بينهما وهو استيفاء حق مشترك له ولها وما يثبت لنفسه حقا عليها فدفعها اولى ولانه رضي بهذا الضرر حيث تزوج جاهل العلم بثبوت خيار العتق شرعا **قوله** فتعذر الامة المعتقة بالجهل بثبوت الخيار لها اذا كانت مشغولة بالخدمة الواجبة الشاغلة لها عن التعلم بخلاف الحرة لا تعذر به لانتفاء هذا المعنى في حقها **قوله** ثم خيار البكر يبطل بالسكوت انما ذكره بعدما قدم من قوله فسكتت فهو رضى لبيان ان يكون سكوتها رضا فيما تقدم هو اذا كانت بكرا فان العبارة هناك اعم من ذلك وتبيين الفرق بينها وبين الغلام والثيب حيث قال ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا كالوطء ودفع المهر والكسوة والنفقة ويجب كون دفع المهر رضى اذا لم يكن دخل بها اما ان كان دخل بها فينبغي ان لا يكون دفع المهر بعد بلوغه رضى لانه لا بد منه اقام او فسخ وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ يعني لا يبطل خيارها بالسكوت بعد البلوغ ما لم تقل رضيت او يجيء منها ما يعلم انه رضى كالتمكين من الوطء وطلب الواجب اعتبارا لهذه الحالة اي حالة ثبوت الاختيار بحالة ابتداء النكاح فكما لا يكون سكوتها رضا لو زوجت ثيبا بالغة لا يكون سكوتها رضا حالة ثبوت الخيار وهي ثيب بالغة ولو زوجت بكرا بالغة اكتفي بسكوتها فكذا اذا ثبت لها الخيار للعلم بالنكاح وهي بكر بالغة ولما كان المفهوم من قوله خيار البكر يبطل بالسكوت انما يقتضي ان خيار الثيب لا يبطل به ولا تعرض فيه لما يبطل به خيار الثيب صرح بمفهومه ليفيد ذلك وهو قوله وكذلك الجارية الى آخره **قوله** وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس بل يبطل بمجرد سكوتها والمراد بالمجلس مجلس بلوغها بان حاضت في مجلس وقد كان بلغها النكاح او مجلس بلوغ خبر النكاح اذا كانت بكرا بالغة وجعل الخصاف خيار البكر ممتدا الى آخر المجلس وهو قول لبعض المشايخ مال هو اليه وهو خلاف رواية المبسوط فان فيه ثبوت الخيار لها في الساعة التي تكون فيها بالغة اذا كانت عالمة بالنكاح وعلى هذا قالوا ينبغي ان تطلب مع رؤية الدم فان رأته ليلا تطلب بلسانها فتقول فسخت نكاحي وتشهد اذا اصبحت وتقول رأيت الدم الآن وقيل لمحمد كيف يصح وهو كذب قال انما ادركت قبل هذا فقال لا تصدق في الاسناد فجاز لها ان تكذب كيلا يبطل حقها ثم اذا اختارت واشهدت ولم تتقدم الى القاضي الشهر والشهرين فهي على خيارها كخيار العيب وما ذكر في بعض المواضع من انها لو بعثت خادمها حين حاضت للشهود فلم تقدر عليهم وهي في مكان منقطع لزمها ولم تعذر ينبغي ان يحمل على ما اذا لم تفسخ بلسانها حتى فعلت وما قيل لو سألت عن اسم الزوج او عن المهر او سلمت على الشهود بطل خيارها تعسف لا دليل عليه غاية الامر كون هذه الحالة كحالة ابتداء النكاح ولو سألت البكر عن اسم الزوج لا ينفذ عليها وكذا عن المهر وان كان عدم ذكره لها لا يبطل كون سكوتها رضى على الخلاف

ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لأنه ما ثبت بإثبات الزوج بل لتوهم الخلل فما يبطل بالرضاء غير أن سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لأنه ثبت بإثبات المولى وهو الإعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لأنها تصح من الأنثى ولا طلاق إليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لأن الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق وإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر وكذا إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لأن أصل العقد صحيح والملك الثابت به انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي إذا مات أحد الزوجين قبل الإجازة لأن النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به **قال** ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا تثبت على غيرهم ولأن هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان أما الكافر فتثبت له ولاية الإنكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض

فإن قلت إذا لم تسأل عن المهر إنها رضيت بكل مهر والسؤال يفيد بقي ضرورة في ذلك لنها تتوقف رضاها فيمن عرف كفيته كذا السلام على الغلام لا يدل على الرضا كيف وإنما أرسلت لغرض الإشهاد على الفسخ ولو جمع خيار البلوغ والشفعة تقول أطلب الحقين ثم تبدأ في التفسير بخيار البلوغ ولو زوج أمة الصغير ثم أعتقها ثم بلغت لا يثبت لها خيار البلوغ لكمال ولاية المولى كالأب ولأن خيار العتق يغني عنه والعبد الصغير إذا بلغ كذلك في الأصح إلا أنه لا يتصور في حقه خيار العتق فيطلق إن شاء **قوله** ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام ووجهه ظاهر من الكتاب والحاصل أنها إذا بلغت ثيبا توقت خيارها إلى أن يسلم الرضا إلى أن يوجد ما يدل على الرضا بالكلام وكذا الغلام على هذا التفاوت كما تقدم وما في غاية البيان مما نقل عن الطحاوي حيث قال خيار المدرك يبطل بالسكوت وإذا كانت ثيبا لم يبطل به وكذا إذا كان الخيار للزوج لا يبطل إلا بصريح الإبطال أو يجيء منه دليل على إبطال الخيار كما إذا اشتغلت بشيء آخر أو أعرضت عن الاختيار بوجه من الوجوه مشكل إذ يقتضي أن الاشتغال بعمل آخر يبطله وهذا التقييد بالمجلس ضرورة أو تبدل حقيقة أو حكما يستلزم ظاهرا وفي الجوامع وإن كانت ثيبا حين بلغها أو كان غلاما لم يبطل بالسكوت وإن أقامت معه أياما إلا أن ترضى بلسانها أو يوجد ما يدل على الرضا من الوطء أو التمكين منه طوعا أو المطالبة بالمهر أو النفقة وفيها لو قالت كنت مكرهة في التمكين صدقت ولا يبطل خيارها في الخلاصة ولو أكلت من طعامه أو خدمته فهي على خيارها إلا أن قوله يكون القول لها في دعوى الإكراه في التمكين مشكل لأن الظاهر بعيد فيها **قوله** بخلاف خيار العتق متصل بقوله يمتد إلى آخر المجلس أي فيمتد خيار العتق إلى آخر المجلس ووجه الفرق أن خيار العتق يثبت بإثبات المولى لأنه حكم العتق الثابت بإثباته فاقتضى جوابا في المجلس كالتمليك في المخيرة وحاصل وجوه الفرق بين خياري البلوغ والعتق خمسة أوجه احتياجه إلى القضاء ولو فسخ أحدهما ولم يفسخ القاضي حتى مات ورثه الآخر ويحل له الوطء بعد الفسخ قبل القضاء بخلاف خيار العتق حيث يفسخ النكاح بمجرد فسخها ولا يبطل خيار العتق بالسكوت الخ ويبطل خيار البلوغ إذا كان من جهة المرأة وهي بكر بخلاف الغلام والثيب لأن السكوت لم يجعل في حقهما وثبوت خيار لكل من الذكر والأنثى بخلاف خيار العتق لو زوج عبده ثم أعتقه لا خيار له لأن خيار العتق لدفع ضرر زيادة الملك وهو منتف في الذكر وخيار البلوغ لما عن قصور الشفقة وهي يعمهما إلا أنه قال للغلام تمكن بعد البلوغ من التخلص بالطريق المشروع للذكران وهو الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الخيار له قلت إنما أثبت الخيار للحاجة لأنا نقول لا يتخلص عن نصف المهر بالطلاق إن كان قبل الدخول بها وبه إذا اتفق القاضي بالفرقة قبل الدخول لا يلزمه شيء وما بعده فيلزمه بكله لكن لو تزوجها بعد ذلك ملك عليها الثلاث وفي المجامع إذا بلغ الغلام فقال فسخت ينوي الطلاق فهي طالق وإن نوى الثلاث فثلاث حسن لأن لفظ الفسخ يصلح كناية عن الطلاق والرابع أن الجهل بثبوت الخيار شرعا معتبر في خيار العتق دون البلوغ والخامس أن خيار البلوغ يبطل بالقيام عن المجلس ولا يبطل خيار البادية في الثيب والغلام وتقبل شهادة المولين على اختيار امتهما التي زوجاها نفسها أو إذا أعتقاها ولا تقبل شهادة الناصبين جمعين بعد البلوغ أنها اختارت نفسها لأن سبب الرد قد انقطع في الأولى بالعتق ولم ينقطع في الثانية إذ هو السبب فيه باق **قوله** ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق بل فسخ لا ينقص عدد الطلاق فلو جدد العقد بعد ملك الثلاث كذا خيار العتق لما بينا من أنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها ومن تثبت بإثبات المولى ولا طلاق إليه وكذا الفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر فسخ بخلاف خيار المخيرة لما ذكره فيقع الطلاق باختيارها نفسها لأنه ملكها ما يملكه من الطلاق ولو وقعت هذه الفرقة قبل الدخول لا يجب نصف المسمى بخلاف الطلاق قبل الدخول بل يقع الطلاق في العدة إذا كانت الفرقة بعد الدخول إلى الصريح أو لا لكل وجه وجه الوقوع **قوله** لا ولاية لعبد لأن الولاية بانفاذ القول على الغير إذا كانت متعدية والقاصرة منتفية في هؤلاء فالمتعدية أولى فإن قيل صح إقرار العبد يدل على ولاية القاصرة فالجواب ينافي المعنى معلقة في غير الحدود والقصاص وأما هنا فمستثنيات عندنا والإجماع على نفي ولايته في النكاح لعجزه إلا

ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا تجري بينهما الوراثة ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رح معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد رح لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن ابي حنيفة رح وقول ابي يوسف في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد لهما ما روينا

ان يقال رواية الحديث لا ولاية فيها حيث كان الراوي كالامانة اذا كان مأذونا له في القتال وشهادته بهلال رمضان ثم ان اجيب عن هذه فالمشاحة ممكنة في الجوزة والتسليم جعل المراد بقوله لا ولاية لعبد اي في النكاح لا نفي الولاية مطلقا لانه يستدل بعدم القاصرة على عدم المتعدية فلو اريد الاعم كان مستدلا ببعض الدعوى لا المتعدية مطلقا اذ قد ثبت بان شيئا من المتعدية كولايته على زوجته الحرة في امور الزوجية كالمنع من الخروج والتمكين وطلب الزينة مع ما ذكرنا فانه يصدق في الكل انه عبد له ولاية على الغير ملزمة والمراد بالجنون المطبق وهو على ما قيل سنة وقيل اكثر السنة وقيل شهر وعليه الفتوى ره في التجنيس وابو حنيفة رح لا يوقت في الجنون المطبق شيئا كما هو دابه في التقديرات فيفوض الى راي القاضي وغير المطبق يثبت له الولاية في حالة افاقته بالاجماع وقد يقال لا حاجة الى تقييده به لانه لا يزوج حال جنونه مطبقا او غير مطبق ويزوج حال افاقته عن جنون مطبق وغير مطبق لكن المعنى انه اذا كان مطبقا تسلب الولاية فتزوج ولا تنتظر افاقته وغير المطبق الولاية ثابتة له فلا تزوج وتنتظر افاقته كالنائم ومقتضى النظر ان الكفؤ الخاطب اذا فات بانتظار افاقته تزوج وان لم يكن مطبقا والا انتظر على ما اختاره المتأخرون في غيبة الولي الاقرب على ما سنذكره **قوله** ولهذا اي لهذا الدليل لا تقبل شهادته عليه لانه لا سبيل عليه ولا يتوارثان لان الوارث يخلف المورث في ماليته ملكا ويدا وتصرفا والقياس ان الوراثة ليست ولاية على الميت بل ولاية قاصرة تحدث شرعا بعد انقضاء ولايته فنفي المتعدية ليس نفيا للوراثة فليس نفيها بهذا الدليل وكما لا تثبت الولاية لكافر على مسلم كذا لا تثبت لمسلم على كافر اعني ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف في المال قيل وينبغي ان يقال الا ان يكون المسلم سيد امة كافرة او سلطانا او نائبه قاله صاحب الدراية ونسبه الى الشافعي ومالك وقال لم ينقل هذا الاستثناء عن اصحابنا والذي ينبغي ان يكون مرادا درايته في موضع سنذكر في المبسوط الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة والشهادة ولا تثبت للكافر على المسلم فقد ذكر معنى ذلك الاستثناء فاما الفسق فهل يسلب الاهلية كالكفر المشهور ان عندنا لا وهو المذكور في المنظومة وعن الشافعي رح اختلاف فيه فالمستور له الولاية بلا خلاف وما في الجوامع ان الاب اذا كان فاسقا فللقاضي ان يزوج الصغيرة من غير كفؤ غير معروف نعم اذا كان متهتكا لا ينفذ تزويجه اياها بالنقص و من غير كفؤ وسياتي هذه **قوله** ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رح معناه عند عدم العصبات اي النسبية والسببية والاصل ان الولاية انما تثبت لعصبة النسب على الترتيب الذي قدمناه ثم لمولى العتاقة ثم لعصبته على الترتيب بالاتفاق ثم بعد ذلك عند ابي حنيفة رح تثبت للام ثم للبنت اذا كانت امها مجنونة ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم لولد الام يستوي ذكورهم واناثهم في ذلك ثم اولادهم قال المصنف رح في التجنيس معلما بعلامة فتاوى الشيخ نجم الدين عمر النسفي غاب للاب غيبة منقطعة وله بنت صغيرة فزوجتها اختها لاب والام حاضرة يجوز ان لم يكن لها عصبة لانها اولى من الاخت من الاب والبنات اللواتي من قبل الاب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات باجماع من اصحابنا وهي الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم بنت الاخ ثم بنت العم ثم قال المصنف رح هكذا ذكر وذكر في غيره من المواضع ان الام اولى من الاخت الشقيقة لانها اقرب انتهى قيل هذا يستقيم في الاخت لا في بنت العم وبنت الاخ لانهن من ذوي الارحام والام مختلف فيها ومثل ما عن الائمة النسفي منقول في المصفى عن شيخ الاسلام خواهر زاده ومقتضاه تقدم الاخت على الجد الفاسد وبعد الاخوات العمات ثم الاخوال ثم الخالات ثم بنات الاعمام ثم بنات العمات والجد الفاسد اولى من الاخت عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح الولاية لهما كما في الميراث كما في المستصفى فيا هو الخ في الجد والاخ من تقدم الجد الفاسد على الاخت ثم مولى الموالاة وهو الذي اسلم على يد ابي الصغير ووالاه يرث فتثبت له ولاية التزويج ثم السلطان ثم القاضي اذا شرط تزويج الصغار والصغائر ثم من نصبه القاضي وان لم يشترط فلا ولاية له في ذلك وهذا استحسان وقال محمد رح لا ولاية لذوي الارحام ولا لمولى الموالاة وهو القياس ورواية الحسن عن ابي حنيفة وقول ابي يوسف مضطرب فيه والاشهر انه مع محمد رح على ما في الهداية وقال في الكافي الجمهور ان ابا يوسف مع ابي حنيفة

ولأن الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والى العصبات الصيانة
ولأبي حنيفة رحمه الله ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة
على الشفقة ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز
لانه آخر العصبات واذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان
ولي من لا ولي له واذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج

وفي شرح الكنز وابو يوسف مع ابي حنيفة في اكثر الروايات لما رويناه يعني من قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات ثم ام الجنس ليس بعده
شيء يثبت لغيرهم فلا انكاح لغيرهم **قوله** ولأن الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها اي الى القرابة على تأويل الاقارب وعلى المعنى
المصدري والى العصبات الصيانة عن ذلك لا الى غيرهم من ذوي الارحام لانهم ينسبون الى قبيلة اخرى فلا يلحقهم العار بذلك ولأبي حنيفة ان الولاية نظرية
والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو مختص بالقرابة اذ مطلقها باعث على الشفقة ظاهر الموجبة لاختيار الكفو وذوو الارحام بهذه المثابة فانا نرى شفقة الانسان
على ابنة اخته كشفقته على ابن اخيه بل قد تترجح على الثانية ولا شك ان شفقة ذوي الارحام ليس كشفقة السلطان من ولاه فكانوا اولى منه واما قولهما انما
تثبت الولاية صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها فالحصر ممنوع بل ثبوتها بالذات تحصيل المصلحة الصغيرة بتحصيل الكفو لانها بالذات حاجتها الا انهم
وكل من ذوي الارحام فيه داعية تحصيل حاجتها فتثبت له الولاية بهذا الاعتبار وان تثبت لغيره من العصبات بكل من حاجتها بالذات الى ذلك
وحاجته وستر داره وخصوصا في مسئلة الغيبة ويدل عليه اجازة ابن مسعود رضي الله عنه تزويج امرأة ابنتها وكانت من غيره على الاصح واما اثبات جنس ولاية
الانكاح الى العصبات في الحديث فانما هو حال وجودهم ولا تعرض له حال عدمهم بنفي الولاية عن غيرهم ولا اثباتها فاثبتناها بالمعنى وقضية ابن مسعود
وايضا لا شك انه خص منه السلطان لانه ليس من العصبات بقوله السلطان ولي من لا ولي له وبالاجماع فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهذا الوجه
على تقدير تسليم تعرض الحديث لغير العصبات بالنفي وجهية وقوله في قول محمد قياس وفي قول ابي حنيفة استحسان مع الاستدلال بالحديث لمحمد ره وبالمعنى
الصرف لابي حنيفة يناقش فيه بان الاستحسان هو الذي يكون بالاثر لا القياس فان شرطه ان لا يكون فيه نص ويجاب بانه على بابه والمراد انما ذكره محمد من الحكم
في نفس الامر قياس يقابله الاستحسان الذي قال به ابو حنيفة فان محمدا ظن خلافه من الاستحسان فاستدل بالحديث وقد ظهر ان لا متمسك له به فكان الاولى
ان يجيب به المعنى وحاصل بحثه معارضة مجردة وهي لا تفيد ثبوت المطلوب قبل الترجيح وقالوا العصبات تتناول الام لانها عصبة في ولد الزنا وولد
الملاعنة فتثبت لابنها الا ان اقارب الاب يتقدمون **قوله** واذا عدم الاولياء اي كل من العصبات وذوي الارحام ومولى الموالاة فالولاية الى
الى الامام والحاكم اي القاضي بشرط ان يكتب ذلك في منشوره فلو زوج الصغيرة مع عدم كتب ذلك في عهده ثم اذن له فيه فاجازه قيل لا يجوز وقيل يجوز وهو
الاصح استحسانا **فروع** الا انه ليس للوصي الصغيرة ان يزوجها وان اوصى اليه الاب بالنكاح الا اذا كان الموصي عين رجلا في حيوته للتزويج فيزوجها
الوصي به كما لو وكل في حياته بتزويجها وان لم يعين انتظر بلوغها لتأذن كذا قيل وليس بلازم لان السلطان يزوجها اذا كان الوصي قد
بحكم القرابة لا الوصاية والا فالحاكم وبه قال الشافعي واحمد في رواية وفي اخرى له التزويج لقيامه مقام الاب قلنا انما قام مقامه في المال وقال
مالك ان اوصى اليه في التزويج جاز وهو رواية هشام عن ابي حنيفة الثاني لو زوج القاضي الصغيرة التي هو وليها وهي اليتيمة من ابنه لا يجوز
كالوكيل مطلقا اذا زوج موكلته من ابنه بخلاف سائر الاولياء الا ان تصرف القاضي حكم منه وحكمه لابنه لا يجوز بخلاف تصرف الولي ذكره في التجنيس
معللا له بعلامة غريب الرواية للسيد الامام ابي شجاع والالحاق بالوكيل يكفي للحكم مستغنى عن جعل فعله حكما مع افتقاره شرطه وكذا اذا باع مال يتيمه
من نفسه لا يجوز لكل من الوجهين والاوجه ما ذكرنا بخلاف الوصي وصيا على اليتيم ثم اشترى منه يجوز لانه نائب عن الميت لا القاضي الثالث
اقرار الولي على الصغير والصغيرة بالتزويج لم يصدق عند ابي حنيفة الا بشهود او يدرك الصغير فيصدقه معناه اذا ادعى الزوج ذلك عند القاضي
الا الاب وعندهما يثبت النكاح باقراره قال في المصفى عن استاذه يعني الشيخ حميد الدين ان الخلاف فيما اذا اقر الولي في صغرها فان اقر

وقال زفر لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها ثبتت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ

الى بلوغهما فاذا بلغا وصدقاه ينفذ اقراره والا بطل وعند هما ينفذ فى الحال وقال انه اشار اليه فى المبسوط قال هو الصحيح وقيل الخلاف فيما اذا بلغ الصغير والصغيرة وانكرا النكاح فاقر الولى اما لو اقر بالنكاح فى صغره صح اقراره كذا فى المغنى وفى مبسوط شيخ الاسلام اذا اقر الاب على الصغير والصغيرة وعلى قوله لا يصدق الا ببينة وان صدقه الزوج فى ذلك او المرأة وعلى قولهما يصدق من غير بينة فان قيل على من تقام البينة ولا تقبل الا على منكر يعتبر انكاره والمنكر هو الصبى ولا عبرة بانكاره والاب والزوج او المرأة مقران قلنا ينصب القاضى خصما عن الصغير او الصغيرة حتى ينكر فيقيم الزوج البينة فيثبت النكاح على الصغير والصغيرة انتهى كلام الصغى والذى يظهر ان قول من قال ان الخلاف فيما اذا بلغا فانكرا النكاح اما اذا اقر عليهما فى صغرهما يصح عليهما بالاتفاق اوجه واقرار وكيل الرجل والمرأة بتزويجهما واقرار مولى العبد بتزويجه على هذا الخلاف واما اقراره بنكاح امته فنافذ اتفاقا وفى النوازل امرأة جاءت الى قاض فقالت اريد ان اتزوج ولا ولى لى فللقاضى ان يأذن لها فى النكاح كما لو علم ان لا ولى لها ويحتمل قول ابى الحسن السغدى وما نقل فيه من اقامتها البينة بخلاف المشهور وما نقل من فعل حماد من انه يشترط لها القاضى ان لم يكن لها ولى قرشية ولا عربية ولا اغزات تعلى فقد اذنت لك فالظاهر ان الشرطين الاولين محمولان على رواية عدم الجواز من غير الكفو واما شرط انتفاء العلم مع الاشتراط **قوله** وقال زفر اذا غاب الولى الاقرب غيبة منقطعة لا يزوجها احد حتى يقدم بناء على انه على ولايته لان الولاية تثبت حقا له على تقدم فى ليل وقد بينا جوابه وقال الشافعى يزوجها السلطان لا الابعد وعند نا يزوجها الابعد لان هذه ولاية نظرية تثبت نظرا لليتيمة لحاجتها اليها ولا نظر فى التفويض الى من لا ينتفع برأيه وهذا لان التفويض الى الاقرب ليس لكونه اقرب بل لان فى الاقربية زيادة مظنة للحكمة وهى الشفقة الباعثة على زيادة اتقان الرأى للمولية فحيث لا ينتفع برأيه اصلا سلبت الى الابعد اذ لو ابقيناها ولاية الاقرب ابطلنا حقها وفاتت مصلحتها اما اولا فحقه فى الصيانة عن غير الكفو يكون مقتضيا لاثبات ولاية الفسخ اذا وقع بفعلها من غير كفو فلا يتوقف على اثبات ولاية التزويج له فحيث تثبت فانما هى لحاجتها اليها ولو سلم فتفوت حقه بسبب من جهته وهى غيبته على ان المقصود لا يفوت اذ يخلفه فيه الولى الابعد لانه يتلو فى نفى غير الكفو والاحتراس عن التابع بنسبه فكانا على مقصود واحد فوجب المصير الى ما قلنا فظهر وجه تقديمه على السلطان ولانه لو سلبت ولايته بموته كان الى الابعد اولى من السلطان فكذا اذا سلبت بعارض آخر والاصل ان كل ما قدم على السلطان الا ان يختلف بالموت وغيره وقال عليه الصلوة والسلام السلطان ولى من لا ولى له وما يقال من انه ينتفع برأيه بالرسول والكتابة كتاب الخاطب اليه حيث هو فلا ان لتساويه فى الغائب والحاضر فلا يفرع الغيبة باعتباره وقيل لا يعرف مكانه ونظيره الحضانة والتربية تقدم فيه الاقرب فاذا تزوجت التى هى اقرب منه ينتقل حقها بالتزويج صارت كالميتة وكذا النفقة فى حال الاقرب تابع القطع ذلك للبعيد بالزوجية فى المال الابعد **قوله** ولو زوجها حيث هو فيه منع جوابه عن استدلال زفر على قيام ولايته فقال قد منعنا انه لو زوجها حيث هو صح اتفاقا بل منع ليتم السلب لولاية شرعا بالغيبة اجاب بمنع صحة تزويجه فقال فى المحيط لا رواية فيه وينبغى ان لا يجوز لانقطاع ولايته وفى المبسوط لا يجوز ولو سلم فلانها انتفعت برأيه وهذا انزل من حد تقرب التدبير بقرب القرابة فنزلا منزلة وليين فى درجة فايهما عقد جاز لانه اسبق بالمعنى المعلق به ثبوت الولاية وحاصله ومعناه ان سلب الولاية انما كان لسلب الانتفاع برأيه فلما زوجها من حيث هو ظهر انه لم يكن ما علق به سلب الولاية ثابتا بل القائم هنا لا ثبوتها وفى شرح الكنز لا رواية قلنا ان تمنع لانه لو جاز عقده حيث هو لادى الى مفسدة لان الحاضر لو زوجها بعد تزويج الغائب لعدم علمه لدخل بها الزوج وهى فى عصمة غيره وقالوا فى صلوة الجنازة يدل عليه وهو ان الغائب لو كتب ليقدم رجلا الى صلوة الجنازة فللابعد منعه ولو كانت له ولاية باقية لما كان له منعه كما لو كان حاضرا وقدم غيره وقد استفيد مما ذكرنا ان الوليين اذا استويا كالاخوين الشقيقين ايهما زوج نفذ ومن العلماء من قال لا يجوز الا باجتماعهما على العقد والعمل على ما ذكرنا

ولا يرد والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو باستطلاع رأيه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في انكاحها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ابوها لانه اوفر شفقة من الابن ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كاب الام مع بعض العصبات والله اعلم

فصل في الكفاءة الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه السلام الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تأبى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش

فان زوجها كل منهما فالصحة للسابق فان لم يعلم السابق او وقعا معا بطلا لعدم الاولوية بالترجيح ولو زوجها ابوها وهي بكر بالغة بامرها وزوجت هي نفسها من آخر فايهما قالت هو الاول فالقول قولها وهو الزوج لانها اقرت بملك النكاح له على نفسها واقرارها حجة تامة عليها وان قالت لا ادري الاول ولا يعلم من غيرها فرق بينهما وبينها وكذا لو زوجها وليان بامرها قوله ولا يرد الخ ليفيد انه لو حضر الاقرب بعد عقد الابعد لا يرد عقده وان عادت ولايته بعوده قوله والغيبة المنقطعة بان يكون في موضع لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري ره وعن ابي يوسف من جابلقا الى جابلسا وهما قريتان احدهما بالمشرق والاخرى بالمغرب وهذا رجوع الى قول زفر ره ولنا قرب هذا اسلا وعنه في اخرى من بغداد الى الري وكذا عن محمد في رواية من الكوفة الى الري ومن المشايخ من قال حد الغيبة المنقطعة ان يكون متحولا من موضع الى موضع فلا يوقف على اثره او يكون مفقودا لا يعرف خبره وقيل اذا كان في موضع يقع الكرى اليه دفعة واحدة فليست بغيبة منقطعة او بدفعات فمنقطعة وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين منهم القاضي الامام ابو علي النسفي وسعد بن معاذ وابو عصمة المروزي وابن مقاتل الرازي وابو علي السغدي والامام والصدر الشهيد قالوا وعليه الفتوى وقال الامام السرخسي في مبسوطه والاصح انه اذا كان في موضع لو انتظر حضوره او استطلاع رأيه يفوت الكفو ومن هذا قال قاضي خان في الجامع الصغير لو كان مختفيا في المدينة بحيث لا يوقف عليه يكون غيبة منقطعة وهذا احسن الى النظر وفي النهاية عليه اكثر المشايخ منهم الامام ابو بكر محمد بن الفضل في شرح الكنز اكثر المتأخرين [illegible] والمعتبر التعارض بين اكثر المتأخرين اكثر المشايخ والاشبه بالفقه قول اكثر المشايخ قوله واذا اجتمع في المجنونة جنونا اصليا بان بلغت مجنونة او عارضيا بان طرأ الجنون بعد البلوغ ابوها او جدها مع ابنها فالولي في تزويجها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ابوها وقال زفر في العارض لا يزوجها احد لان الولاية زالت عند بلوغها عاقلة فلا ترجع وليس بشيء ثم لا ترجع عند وجود مناط الجبر بل هي احوج الى الولاية بالجنون منها بالصغر لان الحاجة اليها في الصغر لتحصيل الكفو وفي الجنون بذلك وبدفع الشهوة والممارسة وكذا المجنون يجتمع فيه ابوه وابنه او جده على هذا الخلاف وعن ابي يوسف في رواية اخرى ايهما شاء من الاب والابن زوج جاز وهي رواية المعلى جعلهما في مرتبة واحدة لان في الابن قوة العصوبة وفي الاب زيادة الشفقة ففي كل منهما جهة قوله ولهما الخ وهذه الولاية مبنية على العصوبة بالنص السابق والابن هو المقدم في العصوبة تعصيبا لانفراده بالاخذ بالعصوبة عند اجتماعه معه ثم اذا زوج المجنونة او المجنون الكبيرين ابنهما لا خيار لهما لانه يقدم على الاب والجد ولا خيار لهما في تزويجهما فالابن اولى

فصل في الكفاءة الكفوء النظير المقاوم ويقال لا كفاءة بالكسر ولما كانت الكفاءة شرط اللزوم على الولي اذا عقدت بنفسها حتى كان له الفسخ عند عدمها كانت فرع وجود الولي وهو ثبوت الولاية فقدم بيان الاولياء ومن تثبت له ثم اعقبه فصل الكفاءة قوله معتبرة قالوا معناه معتبرة في اللزوم على الاولياء حتى ان عند عدمها جاز للولي الفسخ ثم استدل بقوله صلى الله عليه وسلم لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء فهنا نظران في اثبات حجيته ثم وجه دلالته على الدعوى على الوجه من معناها اما الاول فهو حديث ضعيف لان في سنده مبشر بن عبيد عن الحجاج بن ارطاة والحجاج مختلف فيه ومبشر ضعيف متروك نسبه احمد الى الوضع وسياتي تخريجه لكنه حجة بالتظافر والشواهد من ذلك ما روى عن محمد في كتاب الآثار عن ابي حنيفة عن رجل عن عمر رضي الله عنه قال لامنعن فروج ذوات الاحساب الا من الاكفاء ومن ذلك ما رواه الحاكم وصححه من حديث علي انه عليه الصلاة والسلام قال له يا علي ثلث لا تؤخرها الصلاة اذا آنت والجنازة اذا حضرت والايم اذا وجدت كفوا وقول الترمذي فيه لا ارى اسناده متصلا ينتفي بما ذكرناه من تصحيح الحاكم وقال في سنده سعيد بن عبد الله الجهني مكان قول الحاكم سعيد بن عبد الرحمن الجمحي فلينظر فيه واما عن عائشة يرفعه عن النبي صلى الله عليه وسلم تخيروا لنطفكم وانكحوا الاكفاء روي من حديث

واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفوء فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم

عائشة وانس وعمر من طرق عديدة يوجب ارتقاءه الى الحجية بلا شك لتعدد الطرق وثبوته عنه صلى الله عليه وسلم وفي هذا الكفاية اعني عما استدل به بعضهم من طريق الدلالة لما كان الكفاءة معتبرة في الحرب وذلك في ساعة ففي النكاح وهو للعمر اولى وذكر ما وقع في غزوة بدر انه لما برز عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة والوليد بن عتبة وخرج اليهم عوف ومعوذ ابنا عفراء وعبد الله بن رواحة قالوا لهم من انتم قالوا رهط من الانصار فقالوا ابناء قوم كرام لكنا نريد اكفاءنا من قريش فقال صلى الله عليه وسلم صدقوا وامر حمزة وعليا وعبيدة بن الحارث الخ فاما قوله صلى الله عليه وسلم صدقوا فلم اره والذي في سيرة ابن هشام عن ابن اسحق انهم قالوا لهم اكفاء كرام ولكنا نريد بني عمنا وفي رواية ما لنا بكم من حاجة ثم نادى مناديهم يا محمد اخرج لنا اكفاءنا من قريش فقال صلى الله عليه وسلم قم يا حمزة وقم يا علي الخ ونحن نقطع ان عدو الله لو برز للمسلمين يريد طلب نور الله وهو من كبار انساباهم فخرج اليه عبد من المسلمين فقتله كان مشكورا عند الله وعند المؤمنين ولم يزد وذلك لان النسب ابعد انهم الكفاءة المطلوبة هنا كفاءة في الشدة ينبغي ان يخرج اليه كفوءه فيها لان المقصود نصرة الدين ولو كان عبدا وكلاما انما يفيده حق النسب وانما اجابهم صلى الله عليه وسلم لذلك لما نعلمه بانهم اشد من الذين خرجوا اليهم اولا ولئلا يظن بان المطلوبين عجزوا وجبنوا دفعا لما قد يظن اهل النفاق من انه يغض بقرابته دون الانصار النظر الثاني لا يخفى ان ظاهر من قوله لا يزوجن الا من الاكفاء ان الخطاب للاولياء نهيا لهم ان يزوجوهن الا من الاكفاء ولا دلالة فيه على انها اذا زوجت نفسها من غير الكفوء يثبت لهم حق الفسخ فان قلت يمكن كون فاعل يزوجن المحذوف اعم من الاولياء ونفسها اي لا يزوجهن مزوج هي لنفسها او الاولياء فالجواب ان حاصله انها منهية عن تزويجها نفسها بغير الكفوء فاذا باشرته ارتكبت المعصية ولا يستلزم ان للولي فسخه الا بمعنى العرف وهو انها ادخلت عليه ضررا فله دفعه وهذا ليس مدلول النص بل من فهم القضائي للنص ما دفعا لما الضرر عليه لم يكن فسخه مدلول النص وانما قلنا التضمني لان النهي على هذا التقدير متعلق بها وبالاولياء فبالنسبة اليهم انما يعلل بترك النظر لها وبالنسبة اليها بادخال الضرر على الولي وعلى كل تقدير فليس مدلول اللفظ فلا يشكل على سامع ان في قول القائل اذا زوجت المرأة نفسها من غير كفوء فللولي فسخه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يزوجهن احد الا من الاكفاء نبوة للدليل عن المدعى فالحق انه دليل على مجرد الاعتبار في الشرع من غير تعرض لامر زائد على ذلك كما هو في الكتاب فان قلت كون الشيء معتبرا في الشرع لا بد من كونه على وجه فاما على معتبرا على انه واجب او مندوب قلنا نعم لكنه لم يقصد بخصوصيته فان قلت فما هو قلنا مقتضى الادلة التي ذكرناها الوجوب اعني وجوب نكاح الاكفاء وتعليلها بانتظام المصالح يؤيده لا ينفيه ثم لا يستلزم كونه ادل كفوء خاطب لما روى الترمذي من حديث ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا خطب اليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه الا تفعلوه تكن فتنة في الارض وفساد كبير ولولا ان شرط المشروع التعلق لا يثبت بظني لقلنا باشتراط الكفاءة للصحة ثم هذا الوجوب يتعلق بالاولياء حقا لها وبها حقا لهم على يقين ما ذكرنا ولكن انما تتحقق المعصية في حقهم اذا كانت صغيرة لانها اذا كانت كبيرة لا ينفذ عليها تزويجهم الا برضاها فهي تاركة لحقها كما اذا رضي الولي بترك حقه حيث ينفذ هذا كله مقتضى الادلة التي ذكرناها مع قطع النظر عن غيرها وعلى اعتبارها يشكل قول ابي حنيفة ان للاب ان يزوج بنته الصغيرة من غير كفوء فان قلت خطب صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس وهي قرشية على اسامة بن زيد وليس قرشيا وزوجت اخت عبد الرحمن بن عوف من بلال وهو حبشي وزوج ابو حذيفة بنت اخيه من مولاه وكل ذلك بعلم الصحابة وبفعله وبفعل النبي صلى الله عليه وسلم فالجواب ان وقوعه وليس يستلزم كون تلك النساء صغائر بل يعلم يقينا بانهن كبار خصوصا بنت قيس كانت ثيبا كبيرة حتى تزوجها اسامة فانما جاز لاسقاطهن حق الكفاءة لهن واوليائهن وهذا في اعتبار الكفاءة بخلاف مالك والثوري والكرخي من مشايخنا المانعين وعنه صلى الله عليه وسلم الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى قلنا ما رويناه يوجب حمل ما رووه على احكام الآخرة جمعا بين الادلة **قوله** اذا زوجت المرأة نفسها من غير كفوء فللاولياء وان لم يكونوا محارم كابن العم ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم ما لم يجيء من الولي دلالة الرضا كقبضه المهر او النفقة

ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر

او الثاني منهما في احدهما وان لم يقبض وكالتجهيز ونحوه كما لو زوجها على السكت فظهر عدمها بخلاف ما اذا اشترط العاقد الكفاءة او اخبره الزوج بها حيث كان له
التفريق اذا لم يشترطا ولم يخبر فذكر في الفتاوى الصغرى فمن زوجت نفسها ممن لا يعلم حاله فاذا هو عبد ماذون ليس لها الفسخ بل للاولياء او زوجها الاولياء
بمن لا يعلمون حاله ولم يخبرهم بحريته ورقه فاذا هو عبد ماذون له في النكاح ليس لهم الفسخ ولو اخبر بحريته او شرطوا ذلك فظهر بخلافه كان للعاقد الفسخ ولا يكون سكوت الولي
رضى لان سكت الى ان ولدت فليس له التفريق وعن شيخ الاسلام ان له التفريق بعد الولادة وهذه الفرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق لا يجب عنده شيء من المهر ان
وقعت قبل الدخول وبعده لها المسمى وكذا بعد الخلوة الصحيحة وعليها العدة ولها نفقة العدة فانها كانت واجبة ولا تثبت هذه الفرقة الا بالقضاء لانه مجتهد فيه وكل
من الخصمين يتشبث بدليل فلا ينقطع النزاع الا بفصل القاضي والنكاح قبله صحيح يتوارثان به اذا مات احدهما قبل القضاء هذا على ظاهر الرواية اما على الرواية
المختارة للفتوى لا يصح العقد اصلا اذا كانت زوجت نفسها منه وهي المراد واذا زوجت نفسها من غير كفو ان تمنع نفسها من ان يطأها مختار الفقيه ابي الليث
نعم قال في التجنيس هذا وان كان خلاف ظاهر الجواب لان من حجة المرأة ان تقول انما تزوجتك على رجاء ان يجيز الولي وعسى لا يرضى فيفرق فيصير وطيا
بشبهة ورضا بعض الاولياء المستوين في درجة كرضا كلهم خلافا لابي يوسف وزفر فلانه حق الكل فلا يسقط الا برضا الكل كالدين المشترك قلنا هو حق لهم
لكن لا يتجزى فيثبت لكل على الكمال كولاية الامان فاذا ابطله احدهم لا يبقى كحق القصاص ولو رضي الابعد كان للاقرب الاعتراض ولو زوجها الولي باذنها من غير كفو
فطلقها ثم زوجت نفسها منه ثانيا كان لذلك الولي التفريق ولا يكون الرضا بالاول رضا بالثاني لان الانسان لا يعدم حيلة [illegible] وكذا لو زوجها هو من غير
كفو فطلقها فتزوجت آخر غير كفو ولو تزوجته ثانيا في العدة ففرق بينهما لزمه مهران واستانفت العدة وان كان قبل الدخول في الثاني وستاتي هذه المسئلة
في باب العدة ان شاء الله تعالى **قوله** ولان انتظام الخ يعني ان المقصود من شرعية النكاح انتظام مصالح كل من الزوجين بالآخر [illegible] لانه وضع لتاسيس
القرابات الصهرية ليصير البعيد قريبا عضدا وساعدا يسره ما يسرك ويسوءه ما يسوءك وذلك لا يكون الا بالموافقة والتقارب ولا تقارب للنفوس عند
مباعدة الانساب والاتصاف بالرق والحرية ونحو ذلك ولذلك رأينا الشرع فسخ عقد النكاح اذا ورد ملك اليمين لما عليه وان كان [illegible] مصلحة
اخرى عامة للطرفين على [illegible] فصل المحرمات [illegible] عقد لا يترتب عليه مقاصده ولو كان [illegible] لكن طريقه اكره ولم يلزم
المولية اذا امرها الولي لكفو الا فضرر بها **قوله** ثم الكفاءة تعتبر في النسب جميع ما ذكر في المبسوط وفتاوى الولوالجي مذكور في الكتاب وسيورده الا الكفاءة
في العقل ذكره الولوالجي ولم يذكره هنا قال بعضهم لا رواية في اعتبار العقل في الكفاءة واختلف فيه فقيل يعتبر لانه يفوت بعدمه مقصود النكاح وقيل
لا لانه عرض ولا تعتبر الكفاءة عندنا في السلامة من العيوب التي يفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص والبخر والدفر الا عند محمد في الثلاثة الاول
اعني الجنون والجذام والبرص اذا كان بحال لا تطيق المقام معه فالحق اعتبار الكفاءة في العقل على قول محمد [illegible] الا ان الذي له التفريق والفسخ الزوجة لا الولي
وكذا في المنية عنده **فرع** انتسب الى غير نسبه لامرأة فتزوجته ثم ظهر خلاف ذلك فان لم يكن كفوا فلها كقرشية انتسب لها الى قريش فظهر انه عربي غير قرشي فلها الخيار
ولو رضيت كان للاولياء التفريق وان كان كفوا بان كانت عربية ليست قرشية انتسب لها الى قريش فظهر انه عربي غير قرشي فلا حق للاولياء ولها الخيار
عندنا ان شاءت فارقته خلافا لزفر ولنا انه شرط لنفسها في النكاح زيادة منفعة وهو ان يكون ابنها صالحا للخلافة فاذا لم ينل كان لها الخيار كشراء
العبد على انه كاتب فظهر خلافه وايضا الاستفراش ذل في جانبها فقد ترضى به ممن هو افضل منها لا ممن مثلها فاذا ظهر خلافه فقد غرها وتبين عدم رضاها
بالعقد فيثبت لها الخيار ولو كان هذا الانتساب من جانبها والغرور لم يكن له خيار لانه لا يفوت عليه شيء من مقاصد النكاح بالظهر من غرورها

قريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم اكفاء لبعض والاصل فيه قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد رحمه الله الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة

ولجامعه منهما من طريق يمكنه وهي الطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار ويحتاج بعد هذا الى فضل تقرير في فرق بين هذا وبين اثبات خيار البلوغ للغلام وهو سهل ان شاء الله تعالى **قوله** قريش بعضهم اكفاء لبعض روى الحاكم بسند فيه مجهول فان شجاع بن الوليد قال حدثنا بعض اخواننا عن ابن جريج عن عبد الله بن ابي مليكة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل والموالي بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل الا حائكا او حجاما ورواه ابو يعلى بسند فيه عمران بن ابي الفضل الايلي ضعف بانه موضوع وان عمران يروي الموضوعات عن الاثبات وروى الدارقطني عن ابن عمر مرفوعا الناس اكفاء قبيلة بقبيلة وعربي لعربي ومولى لمولى الا حائكا او حجاما وضعف ببقية بن الوليد وهو محتمل ان عنعن الحديث ليس غير وبان محمد بن الفضل مطعون فيه ورواه ابن عدي في الكامل من حديث علي وعمر بن عبد الله بن الاول وفيه علي بن عروة قال منكر الحديث وعثمان بن عبد الرحمن قال صاحب التنقيح هو الطرائفي من اهل حران يروي المجاهيل وقد روي هذا الحديث من جهة اخرى عن عائشة رضي الله عنها وهو ضعيف انتهى كلامه وروى البزار عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل يرفعه العرب بعضهم اكفاء لبعض والموالي بعضهم اكفاء لبعض وابن معدان لم يسمع من معاذ وفيه سليمان بن ابي الجون قال ابن القطان لم اجد له ذكرا وبالجملة فللحديث اصل فاذا ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمناه فيمكن ثبوت تفصيلها ايضا بالنظر الى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به خصوصا اشتهار الحديث بضعيف في ذلك خصوصا وبعض طرقه كحديث بقية ليس من الضعف بذاك فقد كان شعبة معظما لبقية وناهيك باحتياط شعبة وايضا تعدد طرق الحديث الضعيف يرفعه الى الحسن ثم القرشيان من جمعهما اب هو النضر بن كنانة فمن دونه ومن لم ينتسب الا الى اب فوقه فهو عربي غير قرشي وانما سميت اولاد النضر قريشا تشبيها لهم بدابة في البحر تدعى قريشا تاكل ولا تؤكل وهي من اعظم دواب البحر عزة وخطرا وتعلو على غيرها قال الشاعر وقريش هي التي تسكن البحر بها سميت قريش قريشا وقيل لان النضر كان يسمى قريشا وهو اختيار الشعبي سمي به لانه كان يقرش عن خلة الناس وحاجتهم فيسدها بماله والتقريش التفتيش قال الحارث بن حلزة ايها الناطق المقرش عنا عند عمرو وهل لذاك بقاء وقيل لانه خرج يوما على نادي قومه فقال بعضهم انظروا الى النضر كانه جمل قريش وقيل سميت بقريش بن الحارث بن مخلد كان صاحب عيرهم وكانوا يقولون قدمت عير قريش وخرجت عير قريش ولهذا ابنه يسمى بدرا وهو الذي حفر بئر بدر سميت به وقيل لتجارتهم والقرش الكسب وقيل سميت به لان فهر بن مالك قيل له قريش وانما فهر لقبه قاله ابن عباس لمعاوية حين سأله عن ذلك وعلى هذا ينبغي ان لا يكون قرشيا الا من كان من اولاد فهر وقيل هو من الجمع والتقريش التجميع لان قصيا جمع بينهم في الحرم بعد تفرقهم وقيل لما نزل قصي الحرم فعل فعالا جميلة فقيل له القرشي فهو اول من سمي به وعلى هذا ينبغي كون القرشيين من جمعهما اب هو قصي والظاهر الاول ويكون من التجمع لا التجميع الذي هو فعل قصي والتجمع كان من ابناء النضر وان كان القائل قال ابوكم قصي كان يدعى مجمعا به جمع الله القبائل من فهر لانه ابن ابنه لانه ابن مالك بن النضر غير ان القافية اتفقت كذلك والابعد نقل ان قصيا سمي مجمعا لجمعه اولاد النضر عرف ان القرشيين جمعهما النضر هذا وقريش عمارة تحتها البطون لؤي بن غالب وقصي وعدي ومنهم الفاروق رضي الله عنه ومرة ومن مرة تيم ومنهم الصديق رضي الله عنه ومخزوم ومنهم خالد بن الوليد المخزومي رضي الله عنه وهما فخذان وهاشم فخذ والعباس فصيلة واعم الطبقات الشعب مثل حمير وربيعة ومضر ثم القبيلة مثل كنانة ولذا قال صلى الله عليه وسلم في قريش البطن بالبطن وفي العرب قبيلة بقبيلة ونظم بعض الادباء ترتيب الطبقات فقال قبيلة فوقها شعب وبعدهما عمارة ثم بطن تلوه فخذ. وليس يؤوي الفتى الا فصيلته. ولا سداد لسهم ماله قذذ. وذكر بعضهم التي بعد الفصيلة فقال. اقصد الشعب فهو اكثر حي. عددا في الحواء ثم القبيلة. ثم تتلوها العمارة ثم البطن والفخذ بعدها والفصيلة. ثم من بعدها العشيرة لكن. هي في جنب ما ذكرناه قليلة **قوله** والموالي هم العتقاء والمراد هنا غير العرب وان لم يمسهم رق لانهم لما ضيعوا انسابهم كان التفاخر بينهم بالدين وما ذكره ففي الحديث دليل على انه لا يعتبر

وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب لأنهم معروفون بالخساسة وأما الموالي فمن كان له أبوان في الإسلام فصاعدا فهو من الأكفاء يعني لمن له آباء فيه ومن أسلم بنفسه أو له أب واحد في الإسلام لا يكون كفوا لمن له أبوان في الإسلام لأن تمام النسب بالأب والجد وأبو يوسف ألحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن أسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له أب واحد في الإسلام لأن التفاخر فيما بين الموالي بالإسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الإسلام في جميع ما ذكرنا لأن الرق أثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة قال وتعتبر أيضا في الدين أي الديانة وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هو الصحيح لأنه من أعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد رحمه الله لا يعتبر لأنه من أمور الآخرة فلا تبتنى أحكام الدنيا عليه إلا إذا كان يصفع ويسخر منه أو يخرج إلى الأسواق سكران ويلعب به الصبيان لأنه مستخف به قال وتعتبر في المال

التفاضل في أنساب قريش فهو حجة على الشافعي في أن الهاشمي والمطلبي أكفاء دون غيرهم بالنسبة إليهم قالوا تزوج النبي صلى الله عليه وسلم ابنته من عثمان وهو أموي وزوج علي أم كلثوم من عمر رضي الله عنهم وهو عدوي وفيه نظر إذ قد يقول يجوز كونه لإسقاط حقه في الكفاءة نظرا إلى مصلحة أخرى لكنه يرى أنها تدل على النسب ميل منه إلى ما ذكرنا وعلى أكثر أصحابه في اعتبار الكفاءة في النسب في العجم وعلى محمد رح في اعتبار الزيادة بالخلافة حتى لا يكافئ أهل بيت الخلافة غيرهم من القرشيين فإن قصد بذلك عدم المكافأة لا تعتبر به تسكين الفتنة وفي الجامع لقاضي خان قالوا الحسيب يكون كفوا للنسيب فالعالم العجمي كفو للجاهل العربي والعلوية لأن شرف العلم فوق شرف النسب والحسب مكارم الأخلاق وفي المحيط عن صدر الإسلام الحسيب هو الذي له جاه وحشمة ومنصب وفي الينابيع الأصح أنه ليس كفوا للعلوية والأصل ما ذكره المشايخ ره من ذلك ما روي عن أبي يوسف ره أن الذي أسلم بنفسه أو أعتق إذا أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفوا له ولا يعتبر بالبلاد وفي تتمة الفتاوى القروي كفو للمدني **قوله** وبنو باهلة الخ استثناء من قوله والعرب بعضهم أكفاء لبعض وباهلة في الأصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن أعصر بن سعد بن قيس بن عيلان فنسب ولده إليها وهم معروفون بالخساسة قيل كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية وكانوا يأخذون عظام الميتة يطبخونها ويأخذون دسوماتها فلهذا قيل ولا ينفع الأصل من هاشم إذا كانت الأم من باهلة وقيل إذا قيل للكلب يا باهلي عوى الكلب من شؤم ذاك النسب ولا يخلو من نظر فإن النص لم يفصل مع أنه صلى الله عليه وسلم كان أعلم بقبائل العرب وأخلاقهم وقد أطلق وليس كل باهلي كذلك بل فيهم الأجواد وكون فصيلة منهم أو بطن صعاليك فعلوا ذلك لا يسري في حق الكل **قوله** وأما الموالي فمن كان له أبوان في الإسلام فصاعدا فهو من الأكفاء يعني لمن له آباء فيه ومن أسلم بنفسه أو له أب واحد في الإسلام لا يكون كفوا لمن له أبوان فيه لأن تمام النسب بالأب والجد وألحق أبو يوسف الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف أي في الشهادات والدعاوى قيل كان أبا يوسف ره إنما قال ذلك في موضع لا يعد كفر الجد عيبا بعد أن كان الأب مسلما وهما قالاه في موضع يعد عيبا والدليل على ذلك أنهم قالوا جميعا أن ذلك ليس عيبا في حق العرب لأنهم لا يعيرون بذلك وهذا أحسن به يتفق الخلاف ولا تعتبر الكفاءة بين أهل الذمة فلو زوجت نفسها فقال وليها ليس هذا كفوا لم يفرق بل هم أكفاء بعضهم لبعض قال في الأصل أن يكون نسبا مشهورا كبنت ملك من ملوكهم خدعها حائك أو سائس فإنه يفرق بينهما لا لعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة والقاضي مأمور بتسكينها بينهم كما بين المسلمين **قوله** والكفاءة في الحرية نظيرها في الإسلام يعني من كان له أبوان حران كان كفوا لمن له آباء أحرار ومن له أب واحد حر لا يكافئ من له أبوان حران ومن عتق بنفسه لا يكافئ من له أب حر وفي التجنيس لو كان أبوها معتقا وأمها حرة الأصل لا يكافئها المعتق لأن فيه أثر الرق وهو الولاء والمرأة لما كانت أمها حرة الأصل كانت هي أيضا حرة الأصل وفي المجتبى معتقة الشريف لا يكافئها معتق الوضيع واعلم أنه لا يعد كون من أسلم بنفسه كفوا لمن عتق بنفسه **قوله** وتعتبر أيضا في الدين أي الديانة فسر به ليعلم أن المراد به التقوى لا اتفاق الدين لأن تفاصيله تعرف في نكاح أهل الشرك ولا كونه مكافيا بإسلام نفسه وأبيه وجده لأنه من قبلها **قوله** هو الصحيح أي الصحيح اقتران قول أبي حنيفة وأبي يوسف فإنه روي عن أبي حنيفة رح أنه مع محمد ورجحه السرخسي وقال الصحيح من مذهب أبي حنيفة أن الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة وقيل هو احتراز عن رواية أخرى عن أبي يوسف أنه لم يعتبر الكفاءة في الدين وقال إذا كان الفاسق ذا مروة كأعوان السلطان والمباشرين المكتبة وكذا عنه إن كان يشرب المسكر سرا ولا يخرج وهو سكران يكون كفوا وإلا لا وحينئذ فالأولى كون هو الصحيح احترازا عما روي عن كل منهما أنه لا يعتبر فالمعنى هو الصحيح من قول كل منهما فلو تزوجت امرأة من بنات الصالحين فاسقا كان للأولياء فسخه وإن كان من مباشري السلطان **قوله** وقال محمد ره لا يعتبر إلا إذا كان نسخه

وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابي يوسف انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح وتعتبر في الصنائع وهذا عند ابي يوسف ومحمد وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الآخر ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها

منه ويخرج سكران لانه من احكام الآخرة فلا تبتنى عليه احكام الدنيا وفي كون هذه قاعدة ممهدة نظر ثم لم يظهر وجه الملازمة والحق انه قد وقد والمعتبر في كل موضع مقتضى الدليل فيه من البناء على احكام الآخرة وعدمه على ان الثم ابن الاعلى امر دنيوي وهو ما ذكره من ان المرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه يعني تعيرها اشكالها من بنات الصالحين وفي المحيط الفتوى على قول محمد وهو موافق لاختيار السرخسي الرواية الموافقة لقول محمد عن ابي حنيفة ولو تزوجها وهو كفو في الديانة ثم صار داعرا لا ينفسخ النكاح لان اعتبار الكفاءة وقت النكاح **قوله** ومنها اي اعتبار الكفاءة في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وتقييده بظاهر الرواية احتراز عما سنذكره في الكفاءة في الغنى بالنسبة الى قول ابي حنيفة ومحمد فان ذلك ليس هو ظاهر الرواية كما سنذكره وبين ان المراد بالمهر ملك ما تعارفوا تعجيله وان كان كله حالا في المجتبى قلت في عرف اهل خوارزم كله مؤجل فلا تعتبر القدرة عليه ولم يبين المراد بملك النفقة واختلف فيه قيل المعتبر ملك نفقة شهر وقيل ستة اشهر وفي جامع شمس الائمة سنة وفي المجتبى الصحيح انه اذا كان قادرا على النفقة على طريق الكسب كان كفوا ومعناه منقول عن ابي يوسف قال اذا كان قادرا على ايفاء ما يعجل لها باليد ويكتسب ما ينفق لها يوما بيوم كان كفوا لها وفي غريب الرواية للسيد ابي شجاع جعل الاصح ملك نفقة شهر وفي الذخيرة ان كان تجد نفقتها ولا يجد نفقة لنفسه فهو كفو والا لا يكون كفوا وان كانت فقيرة انتهى وفيه نظر ثم هذا اذا كانت تطيق النكاح فان كانت صغيرة لا تطيقه فهو كفو وان لم يقدر على النفقة لانه لا نفقة لها **قوله** ويعد المرء قادرا بيسار ابيه وجده وجدته ولا تعتبر القدرة على النفقة بيسار الاب **قوله** فاما الكفاءة في الغنى يعني بعد ملكه للمهر والنفقة قيل يعتبر مكافأته اياها في غناها قال معتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد لكن صرح السرخسي في مبسوطه وصاحب الذخيرة بان الاصح ان ذلك لا تعتبر لان كثرة المال مذمومة وفي شرح الكنز لا يعتبر بالمساواة في الغنى هو الصحيح وعن ابي حنيفة ومحمد في غير رواية الاصول ان من ملكهما لا يكون كفوا للفائقة في الغنى وليس لشيء فيض على ان ما في الهداية غير رواية الاصول وكذا في الدراية قال وهذا القول منهما في غير رواية الاصول وفي كتاب النكاح لا تشترط القدرة الا على المهر والنفقة وفي بعض الشروح انه خلاف ظاهر الرواية ولهذا لم يذكره في المبسوط عن الاول قال بعض المتأخرين اعتبروا الكفاءة في المال بعد ما صح عن ابي يوسف بنفيه **قوله** وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان اظهرهما لا تعتبر في الصنائع حتى يكون البيطار كفوا للعطار وهو رواية عن محمد وعنه في اخرى الموالي بعضهم اكفاء لبعض الا الحائك والحجام وكذا الدباغ وهو الرواية التي ذكرها في الكتاب عن ابي يوسف والظاهر الروايتين عن محمد فصار عن كل منهم روايتان الظاهر عن ابي حنيفة عدم الاعتبار والظاهر عن محمد كذلك الا ان يفحش وهو الرواية عن ابي يوسف فما قدمناه من غاية تحيث قال فيه الا حائكا او حجاما يفيد اعتبارها في الصنائع لكن على الوجه الذي ذكره في شرح الطحاوي وهو ان الصناعات المتقاربة اكفاء كالبزازة والعطارة بخلاف المتباعدة وعد منها مع الدباغ والحجام والكناس قال وهو لا بعضهم اكفاء لبعض لا يكافئون سائر الحرف ولم يذكر خلافا فكان ظاهرا في ان الظاهر من قول ابي حنيفة اعتبار الكفاءة واليه ذهب بعض الشارحين قال ولذا قال الشيخ ابو نصر عنه انه اثبت اعتبارها وعن ابي حنيفة لا تعتبر ونحوه في النافع وانما قلنا لكن على الوجه الذي ذكر في شرح الطحاوي لان حقيقة الكفاءة في الصنائع لا تتحقق الا بكونهما من صناعة واحدة وفي المحيط وغيره وههنا خساسة هي اخس من الكل وهو الذي يخدم الظلمة يدعى شاكرية وتابعا وان كان ذا مروءة ومال قيل انه اختلاف عصر وزمان في زمن ابي حنيفة لا تعد الدناءة في الحرفة منقصة فلا تعير وفي زمنهما تعد فتعتبر والحق اعتبار

قال وإذا زوجت المرأة نفسها ونقصت عن مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع إنما يصح على قول محمد رحمه الله على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما أن ما زاد على العشرة حقها ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانه فأشبه الكفاءة بخلاف الإبراء بعد التسمية لأنه لا يتعير به قال وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الأب والجد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لأن الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولأبي حنيفة رحمه الله أن الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر أما المالية فهي المقصودة في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا أو زوج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله أيضا لأن الإعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز والله أعلم

ذلك سواء كان ذلك هو المبني أو لا فإن الموجب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه وعلى هذا ينبغي أن يكون الحائك كفؤا للعطار بالإسكندرية لما هناك من حسن اعتبارها وعدم عدها نقصا البتة اللهم إلا أن يقترن به خساسة غيرها **قوله** وإذا تزوجت المرأة ونقصت من مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها فالثابت لهم أحد الأمرين وهو فرع قيام مكنة كل منهما من هذا ففي فتاوى النسفي لو لم يعلموا بذلك حتى ماتت ليس لهم أن يطالبوه بتكميل مهر المثل لأن الثابت لهم ليس إلا أن يفسخ أو يكمل فإذا امتنع بمنعها عن تكميل المهر لا يمكن الفسخ واعلم أن المدار التسمية حتى لو سمت مهر مثلها ولم تأخذه بل أبرأت لا اعتراض عليها ثم قال المص وهذا الوضع أي قولنا إذا تزوجت ونقصت من مهر مثلها فللأولياء الاعتراض وقال محمد مع أبي يوسف ليس لهم ذلك ومعناه يجب تبقية العقد فرع صحة عقد المرأة بنفسها فإنما يصح من محمد على اعتبار رجوعه إلى ذلك لما أنه تقدم عنه أنه لا يصح مباشرتها بنفسها بل هو موقوف على إجازة الولي قال وهذه شهادة على رجوعه صادقة. وأورد عليه أنه إنما يتم لو لم تقيس هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك فإنه لو أذن لها الولي بالتزويج ولم يسم مهرا انعقدت على هذا الوجه مع وضع المسألة على قول محمد وكذا لو أكره السلطان امرأة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ذلك ثم زال الإكراه ورضيت المرأة ولم يرض الولي ليس له ذلك في قول محمد الأول فلم يكن هذا الوضع دالا على رجوع محمد إلى قولهما انتهى ولا شك أن قولنا إذا تزوجت ونقصت لا ينقض عند محمد عام في الصور على ما هو حال إهمال الشرط فباعتبار عمومه تكون شهادة صادقة وعليه مشى المص وباعتبار حمله على بعض الصور وهو في نفسه أعم منها لا تكون شهادة وعليه مشى المعترض والأصل خلافه إلا أن يوجب الحمل على بعض الصور موجب وتمام الاعتراض موقوف عليه فتوجيه الاعتراض أن يقال يجب حمله على كذا الصورة المذكورة فلا يكون فيه شهادة على ذلك وإنما يجب هذا الحمل لأن المذكور هو المذكور في الجامع الصغير ورجوعه مروي أنه قبل موته بسبعة أيام والذي يشير إليه قول المص وقد صح ذلك ومعلوم أن تصنيفه للجامع قبل ذلك فالحق أنه رجع ولا شهادة في هذه **قوله** وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولزم عند أبي حنيفة رح سواء كان الغبن فاحشا أو قليلا ويثبت المال كله في ذمة الصغير في الثانية لا في ذمة الأب سواء كان الأب موسرا أو معسرا فيقضيه من مال الصغير وقالا لا يجوز الزيادة والنقص إلا بما يتغابن فيه وعلى هذا الخلاف تزويجها من غير كفؤ ويجب أن يكون معنى هذا عدم الكفاءة في غير الديانة أما فيها فلا لما قالوا لو كان الأب معروفا بسوء الاختيار مجانة وفسقا كان العقد باطلا على قول أبي حنيفة على الصحيح ومن زوج بنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر ممن يعلم أنه شرير فاسق فظاهر سوء اختياره ولأن ترك النظر هنا مقطوع به فلا يعارض ظهور إرادة مصلحة تفوق ذلك نظرا إلى شفقة الأبوة وما في النوازل زوج ابنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر فإذا هو مدمن له وقالت لا أرضى بالنكاح يعني بعد ما كبرت إن لم يكن يعرفه الأب بالشرب وكان غلبة أهل بيته صالحين فالنكاح باطل لأنه إنما زوج على ظن أنه كفؤ ليفيد خلافه إذ يقتضي أنه لو عرف الأب بشربه فالنكاح نافذ وهو ينافي ما قرره من أن الأب إذا عرف بسوء الاختيار لا ينفذ تزويجه من غير الكفؤ والجواب أنه لا تلازم بين ثبوت سوء الاختيار وتيقنه وبين كونه معروفا به فلم يلزم البطلان عند تحقق سوء الاختيار مع أنه لم يتحقق للناس كون الأب العاقد معروفا بمثله **قوله** ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما أي قولهما لا يجوز بل معناه نفي صحة العقد أو نفي صحة التسمية والعقد صحيح فيصار إلى مهر المثل قيل بالأول وقيل بالثاني واختار المص الأول لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته ظاهرا بإيجاب المال عوض نفسها ناقصا وإبطاله بدون عوض لا تثبت الولاية فلا يصح العقد كالمأمور بالعقد بشرط لا يصح عقده إذا لم يجر على شرطه ولذا لا يملك البيع والشراء

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر رح لا يجوز واذا اذنت المرأة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي رح يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح معبر وسفير والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين ولا يحتاج الى القبول قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازه المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا

بغبن فاحش في مالها يجابا لمال حرص نفسها نقصانا اولى لعدم النفاذ واذا كان بحيث لو زوج امتها بغبن فاحش في مالها لا يجوز فتزويجها كذلك اولى لعدم الجواز ولابي حنيفة ان النظر وعدمه في هذا العقد ليسا من جهة كثرة المال وقلته بل باعتبار امر باطن فالضرر كل الضرر بسوء العشرة واذ حال كل منهما المكروه على الآخر والنظر كل النظر في ضده في هذا العقد وامر المال سهل غير مقصود فيه بل المقصود فيه ما قلنا فاذا كان باطنا يعتبر دليله فيتعلق الحكم به ودليل النظر قائم بما وجد من قرب القرابة الداعية الى وفور الشفقة مع كمال الرأي بخلاف غير الاب والجد من العصبات والام لقصور الشفقة في العصبات ونقصان الرأي في الام وبهذا يستغنى قوله والدليل عدمناه في حق غيرهما فلا يصح عقدهم لذلك وعلى هذا انبنى الفرع المعروف لو زوج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت واجازت لا يصح لانه لم يكن عقدا موقوفا اذ لا مجيز له فان العم ونحوه لا يصح منهم التزويج بغير الكفو ولذا لو كان الاب معروفا بسوء الاختيار والمجانة والفسق كان العقد باطلا على قول ابي حنيفة على ما ذكرناه هو الصحيح اما المال فهو المقصود في التصرف المالي لا لامر آخر باطن ليحال النظر عليه عند ظهور التقصير في المال فلذا لا يجوز تزويجه امتها بغبن فاحش لانه اضاعة مالها لان المهر ملكها ولا مقصود آخر باطن يصرف النظر اليه فلا يعول عليه ويدل على ذلك تزويج النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة من علي بار بعمائة درهم ولا شك في انه دون مهر مثلها لانها اشرف النساء فيلزم اما ان لا مهر اكثر منه الا وهو اقل منه او انها مهر مثلها والاول منتف فلزم الثاني وهذا موقوف على ثبوت ان تزويجه صلى الله عليه وسلم اياها كان قبل البلوغ والا فلا يفيد وقد يقال اذا كان المدار عنده دليل النظر وهو القرابة الخاصة اعني قرابة الاب والجد فلا يعتبر كونه معروفا بسوء الاختيار لان المظنة يجوز التعليل بها مع العلم بانتفاء حكمتها وهذا كذلك والجواب ان المظنة ما يغلب معها الحكمة ان لم تلزم فالمعروف بهذا الاسم ليس مظنة والحاصل اما تخصيص العلة او القول بان العلة مجموع قرابة الاب غير المعروف بسوء الاختيار على الاختلاف في جواز تخصيص العلة وعدمه ومسئلة تزويج الاب بنته من غير كفو عرفها غير قد منا او الوجه من الجانبين

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها من احكام الولي والفضولي ويبقى الرسول نذكره بعد ان شاء الله تعالى ولما كانت الوكالة نوعا من الولاية اذ ينفذ تصرفه على الموكل غير انها تستفاد من المولى على نفسه كانت ثانية للولاية الاصلية فاوردها ثانية في التعليم لباب الاولياء ثم ذكر ما غيرها من الفضول لتاخره عنها لان النفاذ بالاجازة انما ينسب الى الولي المحرم ونزل عقد الفضولي كالشرط حيث لم يستعقب بنفسه حكمه كما هو الاصل في السبب غير ان ابتداءه بالولي ان نظر فيه الى انه اقوى ناسب الابتداء به وان نظر الى ان عقد الاصل للوكيل اولا وبالذات كان المناسب الابتداء بمسئلة الوكيل **قوله** ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه الصغيرة بغير اذنها والبالغة باذنها فيقول اشهدوا اني تزوجت بنت عمي فلانة بنت فلان بن فلان او زوجتها من نفسي وقال زفر رح لا يجوز واذا اذنت المرأة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر رح والشافعي رح لا يجوز وصورتها ان يقول اشهدوا ان فلانة بنت فلان بن فلان وكلتني ان ازوجها من نفسي وقد فعلت ذلك فلو لم ينسبها الى الجد ولم يعرفها الشهود ففي التفاريق وسعة فيما بينه وبين الله تعالى وفي النوازل قال لا يجوز النكاح لان الغائب انما يعرف بالتسمية الا يرى انه لو قال تزوجت امرأة وكلتني لا يجوز وعلى هذا الخلاف كل وكيل لامرأة بتزويجها من نفسه وذكر الخصاف رجل خطب امرأة فاجابته وكرهت ان يعلم اولياؤها فجعلت امرها في تزويجها الى الخاطب فاتفقا على ذكر الزوج تسميتها عند الشهود قال يقول اني خطبت امرأة بصداق كذا ورضيت به وجعلت امرها الي بان اتزوجها فاشهدكم اني تزوجت امرأة التي

فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي تصرفات

الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان ركن التصرف

امرها الي على صداق كذا فينعقد النكاح قال شمس الائمة الحلواني الخصاف كبير في العلم وهو ممن يقتدى به وقال في التجنيس وذكر في المنتقى ان مثل التعريف يكفي ومثل هذا الخلاف فيما لو كانت حاضرة متنقبة ولا يعرفها الشهود فعن الحسن وبشر يجوز وقيل لا يجوز ما لم ترفع نقابها ويراها الشهود والاول اقيس فيما يظهر بعد سماع الشطرين منهما لان الشرط ليس شهادة تعتبر للاداء ليشترط العلم على التحقيق بذات المرأة على ما تقدم ثم رايت في التجنيس انه هو المختار لان الحاضر يعرف بالاشارة والاحتياط كشف نقابها وتسميتها ونسبتها وهذا كله اذا لم يعرفها الشهود اما اذا كانوا يعرفونها وهي غائبة فذكر الزوج اسمها لا غير جاز النكاح اذ عرف الشهود انه اراد المرأة التي يعرفونها لان المقصود من التسمية التعريف وقد حصل انتهى وبقولنا قال مالك رح واحمد وسفين الثوري وابو ثور والظاهرية وقوله من نفسه احتراز عما لو كلته ان يزوجها مطلقا فانه لو زوجها من نفسه لا يجوز وكذا لو وكلت اجنبيا الخ ووكل امرأة بان تزوجه فزوجته من نفسها لا يصح ايضا لزفر والشافعي ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع لا يجوز كونه وكيلا من الجانبين لتضاد حكمي التمليك والتملك ويؤيده الاثر وهو ما روي عنه صلى الله عليه وسلم كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل لا ان الشافعي يقول على احد الوجهين في الولي تثبت ولاية ضرورة اذ لا يتولاه غيره فلو منع من تولي شطريه امتنع اصلا لانه لو امر غيره بتزويجها منه كان قائما مقامه وانتقلت عبارته اليه فكان هو المتكلم بنفسه فلا فرق فيه في التحقيق وهذا الاستشهاد جار على اعتقاد المعتمد ان الشافعي يقول في المسئلة الاولى بالجواز كقولنا ولذا اقتصر في نقل الخلاف فيهما على خلاف زفر لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعي فيها ايضا لانه لا تثبت ولاية اجبار لغير الاب والجد فلا يتصور ان يجيز تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه والذي يجيزه الشافعي من تولي الطرفين هو تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو في هذا مملكا ومتملكا فلا يصح مستثنى ولو جعل منقطعا لم يصح تعليله بالضرورة فان معنى الكلام انه لا يصح المباشر مملكا ومتملكا الا في الولي صح ذلك ضرورة لكنه منتف ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر حتى لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل على ما نذكره ولا ترجع حقوق العقد اليه حتى لا يطالب بالمهر وتسليمه الزوجة بخلاف البيع لا يصح ان يكون الواحد فيه وكيلا من جهة البائع والمشتري فانه فيه مباشر ترجع الحقوق اليه ويستغني عن الاضافة والواحد يصلح ان يكون معبرا عن اثنين والتمانع انما هو في الحقوق لا في نفس التلفظ فالذي يرجع اليه لا امتناع فيه والذي فيه الامتناع لا يرجع اليه ولا انتقال لكونه معبرا بعبارة الغير فيكون ذلك العقد قائما باربعة الاثنين المعبر عنهما والشاهدين على ما هو في الاثر والحاصل انه يستثنى من مسئلة الوكيل بالبيع من الجانبين الاب فانه لو باع مال ابنه من نفسه او اشتراه ولو بغبن يسير صح ولا يخفى ان هذا على التشبيه والا فبيع الاب ليس بطريق الوكالة بل الولاية والاصالة ثم اذا تولى طرفيه قال المصنف فقوله زوجت فلانة من نفسي يتضمن الشطرين فلا يحتاج الى القبول بعده وكذا ولي الصغيرين القاضي وغيره والوكيل من الجانبين يقول زوجت فلانة من فلان وقال شيخ الاسلام خواهرزاده هذا اذا ذكر لفظا هو اصيل فيه اما اذا ذكر لفظا هو نائب فيه فلا يكفي فان قال تزوجت فلانة يكفي فان قال زوجتها من نفسي لا يكفي لانه نائب فيه وعبارة الهداية وهي ما ذكرناه آنفا صريحة في نفي هذا الاشتراط وصرح بنفيه في التجنيس ايضا في علامة غريب الرواية والفتاوى الصغرى قال رجل زوج بنت اخيه من ابن اخيه فقال زوجت فلانة من فلان يكفي ولا يحتاج ان يقول قبلت وكذا كل من يتولى طرفي العقد اذا اتى بامر شطري الايجاب يكفيه ولا يحتاج الى الشطر الآخر لان اللفظ الواحد يقع دليلا من الجانبين **قوله** فان كل عقد كالبيع والاجارة ونحوهما صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة فاذا اجاز

صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد

من له الاجازة تثبت حكمه مستندا الى العقد فسر المجيز في النهاية بقابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا او وكيلا او اصيلا وقال في فصل بيع الفضولي من النهاية الاصل عندنا ان العقود تتوقف على الاجازة اذا كان لها مجيز حالة العقد وان لم يكن تبطل والشراء اذا وجد نفاذا ينفذ على العاقد الا توقف بيانه الصبي اذا باع ماله او اشترى او تزوج او زوج امته او كاتب عبده ونحوه يتوقف على اجازة الولي في حالة الصغر فلو بلغ قبل ان يجيزه الولي فاجاز بنفسه نفذ لانها كانت متوقفة ولا ينفذ بمجرد بلوغه ولو طلق الصبي امرأته او خلعها او اعتق عبده على مال او دونه او وهب وتصدق او زوج عبده او باع ماله محاباة فاحشة او اشترى باكثر من القيمة بما لا يتغابن فيه وغير ذلك مما لو فعله وليه لا ينفذ كانت هذه الصور باطلة غير متوقفة ولو اجازها بعد البلوغ لعدم المجيز وقت العقد الا اذا كان لفظ الاجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الانشاء كان يقول بعد البلوغ اوقعت ذلك الطلاق والعتاق انتهى وهذا يوجب ان يفسر المجيز هنا بمن يقدر على امضاء العقد لا بالقابل مطلقا ولا بالولي اذ لا توقف في هذه الصورة وان قبل فضولي آخر او ولي لعدم قدرتها الولي على امضائها ولو اراد هنا بالمجيز المخاطب مطلقا كان ينبغي ان يقول له مجيز من يقدر على النفاذ ليصح جواب المسئلة اعني قوله العقد موقوفا لان الصبي في الصورة المذكورة فضولي وان قبل بعقده آخر لا يتوقف لعدم من يقدر على النفاذ وعلى هذا لا يكون العقد شاملا لليمين لانها لا تتوقف على مخاطب بل على من له قدرة امضائه فقط وصورته ان يقول اجنبي لامرأة رجل ان دخلت الدار مثلا فانت طالق فانه يتوقف على اجازة الزوج فان اجاز تعلق فتطلق بالدخول ولو دخلت قبل الاجازة لا تطلق عند الاجازة فان عادت ودخلت بعدها طلقت كذا في الجامع وفي المنتقى اذا دخلت قبل الاجازة فقال الزوج اجزت الطلاق علي فهو جائز ولو قال اجزت هذه اليمين علي لزمته اليمين لا يقع الطلاق حتى تدخل بعد الاجازة وعرف مما ذكرنا ان الصبي اذا تزوج يتوقف على اجازة وليه لان الصبي العاقل من اهل العبارة غير انه يحتاج الى رأي الولي فالصواب ان يحمل المجيز على من له قدرة الامضاء وينحرج المخاطب في ذكر العقد من قوله كل عقد يعقده الفضولي فان اسم العقد لا يتم الا بالشطرين او ما يقوم مقامهما على ما في قوله ما لا مجيز له اي ليس من يقدر على الاجازة يبطل كما اذا كان تحته حرة فزوجه الفضولي امة او اخت امرأته او خامسة او زوجه معتدة او مجنونة او صغيرة يتيمة في دار الحرب واذا لم يكن سلطان ولا قاض لا يتوقف لعدم من يقدر على الامضاء حالة العقد لان دار الحرب ليس بها مسلم له ولاية حكم لكن تزويج اليتيمة فكان كالمكان الذي في دار الاسلام ليس له حاكم لا سلطان ثم انها ايضا تتعذر تزويج الصغائر فيه الا في الاولياء لا غير صحب لمن فوقع باطلا حتى لو زال المانع بموت امرأته السابقة وانقضاء عدة المعتدة فاجاز لا ينفذ اما اذا كان فيجب ان يتوقف لوجود من يقدر على الامضاء ولا يلزم على هذا المكاتب اذا كفل بمال ثم اعتق حيث تصح هذه الكفالة حتى يؤخذ فيها بعد الحرية وان لم يكن لها مجيز حال وقوعها وكذا اذا وكل المكاتب بعتق عبده ثم اجاز هذه الوكالة بعد العتق نفذت الوكالة وكذا اوصى بعد ما لم ثم عتق فاجاز الوصية يصح لان كفالة التزام المال في الذمة وذمته قابلة للالتزام لكن لا يظهر في الحال لحق المولى فاذا زال المانع بالاعتاق ظهر موجبه والتوكيل والوصية فالاجازة فيهما انشاء لانهما ينعقدان بلفظ الاجازة والانشاء لا يستدعي عقدا سابقا وكذا لو قال لآخر اجزت ان تطلق امرأتي او ان تعتق عبدي او ان تكون وكيلي او ان تكون مالي وصية كان توكيلا ووصية بخلاف غيرها من التصرفات او قال اجزت عتق عبدي وان تكون فلانة زوجتي او ان يكون مالي لفلان لا يتم ثم شرع يستدل على توقف عقد الفضولي فقال ان ركن العقد وهو الايجاب والقبول صدر من اهله وهو العاقل البالغ مضافا الى محله وهو غير المحرمات الحال انه لا ضرر في انعقاده على التوقف لان الضرر في ابرامه بدون اختيار من له الاجازة فوجب ان ينعقد موقوفا على الاجازة حتى اذا رأى من له الاجازة المصلحة فيه ينفذه والا تركه فانه الضرر لم يثبت بهذا العقد وافيه مصلحة وهو توقفه على الاجازة عند ظهور وجه وجود المصلحة بل هو الثابت فكان تصرف الفضولي هذا من باب الاعانة

ومن قال اشهدوا انى قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا انى قد زوجتها منه فبلغها الخبر فاجاز جاز وكذلك ان كانت المرأة هى التى قالت جميع ذلك وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب واصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولى والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما فى البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واخواته لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به

على تحصيل غرض المسلم من تحصيل الكفوء والمهر وجبر السلعة فوجب اعتباره على الوجه الذى قلنا لانه ادخل فى عموم فعل الخيرات وقد يتراخى حكم العقد عن العقد كما فى البيع بشرط الخيار للبائع يتراخى ملك المشترى الى اختيار البائع البيع فعدم ترتبه فى الحال على عقد الفضولى لا يوجب بطلانه والاولى ان يقال عقد يرجى نفعه وتستفاد حكمه فلا ضرر فى انعقاده فوقا فوجب انعقاده كذلك حتى اذا رأى الضرر فى ذلك لا يقدر على اثبات حكمه فيلغو ممنوع الملازمة بل اذا اليس من صلحته واما قلنا هذا لان تحويه صدر من اهله مع ما يمنع ويقول الشافعى ان اريد اهل العقد فى الجملة فمسلم ولا يفيد وان اريد هذا العقد الذى فيه هو فضولى فممنوع بل اهله من له ولاية اثبات حكمه قوله ومن قال اشهدوا انى قد تزوجت فلانة يعنى الغائبة من غير اذن سابق منها له فبلغها فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا انى قد زوجتها منه فقبل آخر فبلغها فاجازت جاز وان لم يقبل احد لم يجز ولذلك ان كانت هى التى قالت جميع ذلك يعنى يكون العقد باطلا اذا قالت اشهدوا انى قد تزوجت فلانا يعنى الغائب من غير اذن سابق لها منه فبلغه الخبر فاجاز وان قال آخر اشهدوا انى قد زوجته منها فقبل آخر عن الغائب فبلغه فاجاز جاز وان لم يقبل احد عن الغائب لم يجز وان اجاز هذا عند ابى حنيفة ومحمد على هذا التفصيل وقال ابو يوسف فيها يجوز اذا اجاز الغائب وان لم يقبل احد وبقيت صورة ثالثة هى ان يقول رجل زوجت فلانة من فلان فيكون فضوليا من الجانبين ان قبل منه فضولى آخر توقف اتفاقا وان لا فعلى الخلاف فتحصل ست صور ثلاث اتفاقية وهى قول الرجل تزوجت فلانة او المرأة تزوجت فلانا او الفضولى زوجت فلانا من فلانة وقبل آخر فيها وثلث خلافية هى هذه اذا لم يقبل احد ثم قال وحاصل الخلاف الخ يعنى اصل الخلاف اختلافهم فى ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب اصيلا من جانب او وكيلا او وليا وقيده بعضهم بما اذا تكلم بكلام واحد اما اذا تكلم بكلامين فانه يتوقف بالاتفاق ذكره فى شرح الكافى والحواشى ولا وجود لهذا القيد فى كلام اصحاب المذهب بل كلام محمد على ما فى الكافى للحاكم ابى الفضل الذى هو جمع كلام محمد مطلق عنه واصل المبسوط قال عنه قال ويجوز للواحد ان يتفرد بعقد النكاح عند الشهود على اثنين اذا كان وليا لهما او وكيلا ولا يجوز ذلك اذا كان وليا او وكيلا لاحدهما دون الآخر او لم يكن وليا ولا وكيلا لواحد منهما وعبارة المبسوط ايضا كذلك وانما هو من التصرفات والظاهر ان منشاء ما نقل من المبسوط من ان اصل الخلاف فى هذه الصور ان شطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس عندهما وهو قول ابى يوسف اولا ثم قال آخر يتوقف فاخذ منه ان الفضولى لو تكلم بكلامين بان قال زوجت فلانة من فلان وقبلت عنه توقف بالاتفاق يعنى انه عقد لا شطر وان الخلاف فيما اذا تكلم بكلام واحد وقيد به بعضهم قول الهداية والحق الاطلاق وتكلمه بكلامين لا يخرج عن كونه فضوليا من الجانبين وقوله فى الهداية فى وجه قولهما وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس صريح فى ان عدم توقف الشطر اتفاقى لان الالتزام لا يقع الا بمتفق والا لم يصح فيما في المبسوط وهو الراجح لانه لا يعلم خلاف فى انه اذا اوجب احد المتعاقدين البيع والنكاح فلم يقبل الآخر فى المجلس بطل وهذا معنى الاتفاق على ان شطر العقد لا يتوقف والا لجاز ان يقبل فى مجلس آخر ثم النكاح والبيع عند ابى يوسف رح وليس كذلك والحق ان مبنى الخلاف فى ان ما يقوم بالفضولى عقد تام وشطره فعندهما شطر فلا يتوقف وعنده تام فيتوقف وعلى هذا تقرر الدليل من الجانبين قال هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين نفذ اتفاقا وهو فرع اعتبار الصادر منه عقدا تاما وهو فرع كلامه مقام كلامين فاذا كان فضوليا منهما يتوقف لانه لا فارق الا وجود الاذن وعدمه واثره ليس الا فى النفاذ فيبقى ما سوى النفاذ من كونه عقدا تاما فيتوقف وحاصله قياس صورة على صورة الاذن فى كونه عقدا تاما بعد ثبوته لا بعد هو لتوقف بالنافى الفارق وقوله وصار كالخلع يعنى من جانبه والطلاق والاعتاق على مال

ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احدهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق

قياس على صور لعربي ما اذا قال خالعت امراتي او طلقتها على الف وهي غائبة فبلغها فاجازت جاز وكذا اعتقت عبدي على الف فبلغه فاجاز جاز كما لا دليل لها ان التمام فيها يشطر العقد وشطره لا يتوقف اما الثانية فبالاتفاق واما الاولى فلانه شطر حالة الحضرة اي خطاب الحاضر وقبوله فكذا حالة الغيبة لانه لا فرق بحال الا ان يتكلم بكلامين حالة الغيبة وذلك لا يوجب صيرورته عقدا تاما لان كون كلام الواحد عقدا تاما هو كونه اثرا ومأمورا من الطرفين او من طرف وله ولاية في الآخر وهذا لان العقد عبارة عن كلام اثنين متبادلين بالنص وكلام الواحد ليس كلام اثنين الا حكما لاذنهما له او ولاية له ولا اذن للفضولي فلا عقد تام يقوم به فتضمن هذا التقرير حيث كون الاذن ليس اثره الا في النفاذ بل تأثيره في النفاذ يستلزم تأثيره في كونه عقدا تاما وفي كون كلامه كلامين لتوقف النفاذ على ذلك ولو سلم عدم تأثيره فيهما لم يلزم كون كلام الفضولي عقدا تاما لان كون الكلام عقدا تاما لازم شرعي مساو للنفاذ ولا اذن في الفضولي فانتفى حكمه بلازمه المساوي بخلاف الخلع واخويه لانه تصرف يمين حتى لا يملك الرجوع لانه تعليق الطلاق والعتق بقبولها المال فيتم به اذ ليس عقدا حقيقيا وكذا لو كانت هي الخالعة بان قالت خالعت زوجي على الف لم يتوقف لانه من جانبها مبادلة وعورض بانه لو كان تعليقا لم يبطل لكنه يبطل لو قال طلقتك بكذا فقامت من المجلس قبل القبول بطل وليس لها ان تقبل بعده واجيب لا يلزم من كونه تعليقا ان لا يبطل بالقيام بل من التعليقات ما يبطل به ويقتصر على وجود الشرط في المجلس كقوله انت طالق ان شئت فيقتصر على وجود المشية في المجلس وهذا منه **فروع** للفضولي في النكاح ان يفسخه قبل الاجازة عند ابي يوسف رحمه الله حتى لو اجاز من له الاجازة بعد ذلك لا ينفذ في قول ابي يوسف الآخر قياسا على البيع وليس له ذلك عند محمد رحمه الله ويفرق بان حقوق العقد في البيع ترجع الى الفضولي بعد الاجازة لانه يصير كالوكيل بخلاف النكاح هذا وتثبت الاجازة بالخبر ونحوه بلا خلاف وكذا بقوله نعم ما صنعت وبارك الله لنا واحسنت واصبت على المختار واحتماله الاستهزاء ينفي ظهوره في الاجازة وكذا هذا في طلاق الفضولي وبيعه وكذا اذا هنأه فقبل التهنئة لانه دليل الرضا وكذا اذا قال طلقها بخلاف قوله طلقها لعبده لان ترده تقتضي حمله على ما يناسب من المتاركة وسياق الكلام فيه ولو زوجه الفضولي اربعا في عقدة وثلثا في عقدة فطلق واحدة من فريق كان اجازة لنكاح ذلك الفريق لان الطلاق الصحيح فرع النكاح الصحيح وكذا لو ادعت على رجل نكاحا فانكر ثم طلقها او قالت لرجل طلقني يكون اقرارا بالنكاح الصحيح لان دعواها لم يظن كونها كذبا وتمردا ليكون ظاهرا في المتاركة بخلاف ما لو باشره العبد بلا اذن سيده فقوله بالفارسية باك نيست اجازة على ما اختاره ابو الليث لانه يستعمل للاجازة ظاهرا وشك في ذلك في المرأة وقبول المهر اجازة وقبول الهدية ليست باجازة لانه لا يتوقف صلاحيته على النكاح بخلاف المهر

قوله ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه ثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما شروع في مسائل الوكيل ولا يشترط الشهادة على الوكالة بالنكاح بل على عقد الوكيل وانما ينبغي ان يشهد على الوكالة اذا خيف جحد الموكل اياها وقوله لم يلزمه واحدة منهما يعني اذا لم يعينها للوكيل وكانه اكتفى بالتنكير دلالة على ذلك اما اذا عينها فزوجها اياها مع اخرى في عقدة واحدة نفذ في المعينة ولو زوجها اياها في عقدتين لزمت الاولى وتوقف الثانية لانه فضولي فيه ولو امره بثنتين في عقدة فزوجه واحدة جاز بخلاف ما لو امره بشراء ثوبين في صفقة لا يملك التفريق لان الجملة في البيع مظنة الرخص فاعتبر تقييده وليس في النكاح كذلك فلا يعتبر الا ان قال لا تزوجني الا امرأتين في عقدة واحدة ثم افاد وجه ما ذكر في الكتاب بقوله لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى تنفيذ احدهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق وهو غير مطابق للدعوى لانها عدم لزوم واحدة منها الا لزوم التفريق بينه وبين كل منهما ولا يساويها اذ له ان يجيز نكاحهما او نكاح احدهما ولا هو لازم كما ذكره بل اللازم عدم

ومن امر اميرا بان يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رحمه الله رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء. قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفو والله اعلم

امكان تنفيذها وتقييدها بهما اسما ومعنيا فاتفق اللزوم مطلقا وهو المطلوب وكان ابو يوسف يقول اولا يصح نكاح احديهما بعينه مبنيا وليبان الى الزوج ثم رجع لانه انما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط واذا وقع التعليل بالمخالفة لعدم النفاذ فلنذكر من فروعه فالوكيل اذا خالف الى خير لو كان خلافه كلا خلاف نفذ عقده وليس منه ما اذا امره بالنكاح الفاسد فزوجه صحيحا بل لا يجوز لعدم الوكالة بالنكاح لان النكاح الفاسد ليس نكاحا لانه لا يفيد حكمه وهو الملك واما العدة تجب بالدخول فيه وثبوت النسب فليس حكما بل للفعل اذا لم يتمحض زنى بخلاف البيع الفاسد فانه بيع يفيد حكمه من الملك فكان الخلاف فيه الى البيع الصحيح خلافا الى خير فيلزم وليس منه ما اذا وكله بالنكاح بالف فلم ترض المرأة حتى زاد الوكيل ثوبا من مال نفسه فانه لا ينفذ والنكاح موقوف على اجازة الزوج لانه خلاف الى ضرر لان الثوب لو استحق وجبت قيمته على الزوج لا الوكيل لانه متبرع ولا ضمان على المتبرع حتى لو لم يعلم الزوج بذلك الا بعد الدخول فهو بالخيار ولا يكون الدخول رضا بامر الوكيل لانه لم يعلم فان فارقها بعد الدخول فلها الاقل من المسمى ومهر المثل لانه كالنكاح الفاسد والدخول فيه يوجب ذلك بخلاف ما لو امره بعمياء فزوجه بصيرة جاز ولو امره ببيضاء فزوجه سوداء او على العكس او من قبيلة فزوجه من اخرى او بامة فزوجه حرة لا يجوز ولو زوجه مدبرة او مكاتبة او ام ولد جاز **قوله** ومن امر اميرا ان يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رحمه الله رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقالا لا يجوز الا ان يزوجه كفوا والتقييد بالامير مطلقا وان كان امير المؤمنين ليعلم ذلك فيمن دونه بطريق اولى فحاصل المسئلة اذا امر غيره بتزويجه فزوجه امرأة لا كفاء فيه ولا تهمة ولو زوجه امة لغيره او عمياء او مقطوعة اليدين او رتقاء او مفلوجة او مجنونة جاز عنده خلافا لهما ولو زوجه صغيرة لا يجامع مثلها جاز اتفاقا وقيل هو قوله خلافا لهما ولو زوج وكيل المرأة المرأة غير كفو قيل هو على الخلاف وقيل الصحيح انه لا يجوز اتفاقا والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان المرأة تعير بغير الكفو فتتقيد اطلاقها به بخلاف الرجل فانه لا يعير لعدم لكفاتها له لانه مستفرش والملى لا يغيظه دناءة الفراش اما لو كانت امة للوكيل فلا يجوز للتهمة ولهذا لو وكل امرأة فزوجته نفسها او وكلت رجلا فزوجها من نفسه لا يجوز وكذا اذا زوج وكيل الرجل بنته او بنت ولده او بنت اخيه وهو وليها لا يجوز للتهمة ولهما ان المطلق يتقيد بالعرف وهو التزويج بالاكفاء قلنا العرف مشترك اي الواقع من اهل العرف تزوجهم بالمكافئات وغير المكافئات فليس مختصا بتزويج المكافئات لينصرف الاطلاق اليه او عرف عملي فلا يصلح مقيدا للفظ اذ اللفظ المقيد عبارة عن لفظ ضم اليه لفظ يقيده ولا يخفى ما في هذا الوجه من اهم في الاصول الحقيقة تترك بدلالة العادة لكنه ليست العادة الا عرفا عمليا فالاولى الاول قال الاسبيجابي قولهما احسن للفتوى واختاره الفقيه ابو الليث وقد يكون في سكوت الشيخ عقيب قوله وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة فكانت الاستعانة في التزوج بالمكافئة اشارة الى اختيار قولهما لان الاستحسان مقدم على غيره الا في المسائل المعلومة والحق ان قول ابي حنيفة رحمه الله ليس قياسا لانه اخذ بنفس اللفظ المنصوص فكان النظر في الاستحسان اولى في وجه الاستحسان المذكور دفع لقول من قال من المشايخ ان هذه المسئلة دلت على ان الكفاءة معتبرة عندهما في النساء للرجال اذ ظهر ان قولهما ليس بناء عليه بل على ان الظاهر ان الاستعانة لا تحصل الا بتحصيل المناسب لا فيما صدق عليه مطلق الاسم لان كل احد يقدر على ذلك هذا والوكيل بتزويج امرأة بعينها بمهر تملكه بالغبن اليسير اجماعا والفاحش عنده خلافا لهما والفرق لهما بينه وبين الشراء حيث لا يجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش اتفاقا ان التهمة

باب المهر

قال ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح

في حق الوكيل بالنكاح منتفية بسبب عدم استغنائه عن اضافة العقد الى موكله فيجوز منه بالغبن الكثير بخلاف الشراء فانه يستغني فيه عنها فكانت التهمة
انه اشترى لنفسه فوجده خاسرا فجعله لموكله ومعنى لا يجوز هنا لا ينفذ النكاح الا ان يجيزه وكذا ان سمى الوكيل مثلا الفا فزوجها باكثر
فان دخل بها ولم يكن يعلم قبله ثم علم فهو على خياره لان هذا الدخول ليس رضا لانه على اعتبار ان الوكيل لم يخالف اذ لم يعلم بخلافه بخلاف ما
لو علم فدخل بها فان فارقها فلها الاقل من المسمى ومهر المثل فان كان الوكيل او الرسول ضمن المهر واخبرهم انه امره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة
في المهر لزم الوكيل والرسول نصف المهر وليس له ان يلزمه النكاح ويغرم هو الزيادة لانه لما لم يمتثل صار فضوليا ولو كانت هي الموكلة وسمت الفا
مثلا فزوجها الوكيل ثم قال الزوج ولو بعد الدخول تزوجتك بدينار وصدقه الوكيل ان اقر الزوج ان المرأة لم توكله بدينار فهي بالخيار ان شاءت
اجازت النكاح بدينار وان شاءت ردته ولها مهر مثلها بالغا ما بلغ ولا نفقة عدة لها لانها لما ردت تبين ان الدخول حصل في نكاح موقوف
فيوجب مهر المثل دون نفقة العدة وان كذبها الزوج فالقول قولها مع يمينها فان ردت فباقي الجواب بحاله قال المصنف في التجنيس يجب ان يحتاط
في مثل هذا الامر لانه ربما يقع مثل هذا وقد حصل لها منه اولاد ثم تنكر المرأة قدر ما زوجها الوكيل به فيكون القول قولها فيفسد النكاح وكذا هذا
في سائر الاولياء اذا كانت المرأة بالغة وهذا ما ذكر في الرسول من مسائل اصل المبسوط قال واذا ارسل الى المرأة رسولا حرا او عبدا صغيرا
او كبيرا فهو سواء اذا ابلغ الرسالة فقال ان فلانا يسألك ان تزوجيه نفسك فاشهدت انها زوجته وسمع الشهود كلامها وكلام الرسول
فان ذلك جائز اذا اقر الزوج بالرسالة او قامت عليه بينة فان لم يكن احدهما فلا نكاح بينهما لان الرسالة لما لم تثبت كان الآخر
فضوليا ولم يرض الزوج بصنعه ولا يخفى ان مثل هذا بعينه في الوكيل ثم ذكر في الرسول فروعا كلها تجري في الوكيل لا بأس بذكرها
قال ولو كان الرسول زوجها وضمن لها المهر وقال قد امرني بذلك فالنكاح لازم للزوج ان اقر بذلك او قامت به بينة والضمان لازم للرسول
ان كان من اهل الضمان فان جحد ولا بينة بالامر فلا نكاح وللمرأة على الرسول نصف المهر لانه مقر بانه امره بذلك وان النكاح جائز وان لها
قد لزمه واقراره على نفسه صحيح قال وذكر في كتاب الوكالة قال محمد رحمه الله على الوكيل المهر كله لان جحود الزوج ليس بفرقة وهذا يبين لك ان لا فرق
في هذه الاحكام بين الرسول والوكيل ثم قال في المبسوط فقيل ما ذكرنا هنا قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول وهناك قول محمد وابي يوسف الآخر
بناء على ان قضاء القاضي ينفذ ظاهرا وباطنا عنده فتنفذ بالفرقة قبل الدخول وسقط نصف المهر وعلى قول محمد لا ينفذ باطنا فيبقى جميع
المهر على الزوج فيجب على الكفيل لاقراره به وقيل بل فيه روايتان وجه تلك الرواية ان الزوج منكر لاصل النكاح وانكاره للنكاح ليس طلاقا
فلا يسقط به شيء بزعم الكفيل ووجه هذه انه انكر وجوبه عليه وهو يملك اسقاط نصفه عن نفسه بسبب يكسبه فيجعل مسقطا فيما يمكنه قال
فان كان الرسول قال لم يأمرني ولكني ازوجه واضمن عنه المهر ففعل ثم اجاز الزوج جاز ولزم الزوج الضمان لان الاجازة
كالاذن في الابتداء وان لم يجز لم يكن على الرسول شيء لان اصل السبب قد انتفى برده وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل

باب المهر لما ذكر العقد بنفسه شرع في الوجوه وتعقيبا له في البيان ليحاذي تحقيقه الوجودي تحقيقه التعليمي **قوله** ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهر لا خلاف
في ذلك لان النكاح عقد انضمام يعني ليس مأخوذا في مفهومه المال حتى لا يتم بدونه الا ان قوله عقد انضمام لا يستلزمه الا اذا لم يثبت في مفهومه زيادة شرعية
وهو منتف اذ قد ثبت زيادة عدم الحرمة ونحوه فلا بد من زيادة شرعا على الدعوى وهي ان المهر ايضا واجب شرعا ليس فيها ايجاب موجب

وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك رحمه الله واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي رحمه الله ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع يجوز ان يكون مهرا لها لانه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه السلام ولا مهر اقل

شرعا كما له حيث افاده لقوله فلا يحتاج الى ذكره اذا لم يسم اما انه لشرف المحل فما انه وجب شرعا فلقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم فقيد الاحلال به واما اعتباره حكما فلقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة فان رفع الجناح عن الطلاق قبل الفرض فرع صحة النكاح قبله فكان واجبا ليس متقدما وهو الحكم واما انه ابانة لشرفه فلعقليته ذلك اذ لم يشرع بدلا كالثمن والاجرة والا لوجب تقديم تسميته فعلمنا ان البدل النفقة وهذا الاظهار خطره ولا يستهان به اذن فقد تاكد شرعا باظهار شرفه مرة باشتراط الشهادة ومرة بالزام المهر فتحصل ان المهر حكم العقد فلا يشترط لصحة العقد التنصيص على حكمه كالملك لا يشترط لصحة البيع ذكره ثم ثبت به وكذلك يثبت مهر المثل عند عدم تسمية المهر **قوله** وكذا اذا تزوج بشرط ان لا مهر لها اي يصح النكاح وفيه خلاف مالك رحمه الله وجه قوله ان النكاح عقد معاوضة كالبيع والمهر كالثمن والبيع بشرط ان لا ثمن لا يصح فكذا النكاح بشرط ان لا مهر وكان مقتضى هذا ان يفسد بترك التسمية ايضا الا انا تركناه بالنص السابق ثم بحديث ابن مسعود في المفوضة وسنذكره قلنا حديث ابن مسعود دل على ان المهر معتبر حكما شرعا والا لما تم بدون التنصيص عليه اذ لا وجود لشيء بلا ركنه وشرطه فحيث كان واجبا ولم يتوقف عليه الوجود كان حكما واذا ثبت به كونه حكما كان شرط عدمه شرطا فاسدا وبه لا يفسد النكاح بخلاف البيع لان الثمن ركنه فلا يتم دون ركنه وبهذا ظهر ان ركن البيع بعت بكذا لا مجرد قوله بعت هذا ويصح الرهن بمهر المثل لانه كالمسمى في كونه دينا فان هلك وبه وفاء كانت مستوفية فان طلقها قبل الدخول لزمها ان ترد ما زاد على قدر المتعة ولو كان الرهن قائما وقت الطلاق قبل الدخول فليس لها ان تحبسه بالمتعة في قول ابي يوسف الآخر وفي قوله الاول وهو الاستحسان وهو قول محمد لها حبسه بها لانها خلفه والرهن بالشيء يحبس بخلفه كالرهن بالعين المغصوبة تكون محبوسة بالقيمة ووجه الآخر انها دين آخر لانها ثياب وهي غير الدراهم والدليل عليه ان الكفيل بمهر المثل لا يكون كفيلا بالمتعة ويتفرع على القولين ما اذا هلك بعد طلب الزوج الرهن بعد الطلاق فمنعته حتى هلك بل يضمن تمام قيمته ففي قوله الاول لا ضمان عليها لانها حابسة بحق وفي الآخر تضمن تمامه لانها غاصبة ولو هلك قبل منعها لا ضمان عليها ولكنها في قوله الاول تصير مستوفية للمتعة وفي قوله الآخر لها ان تطالبه بها **قوله** اقل المهر عشرة دراهم فضة وان لم تكن مسكوكة بل تبرا وانما شرط المسكوكة في نصاب السرقة للقطع تقليلا لوجود الحد وهذا عندنا وعند مالك رحمه الله ربع دينار وعند النخعي اربعون وقال الشافعي واحمد رحمه الله ما يجوز كونه ثمنا لانه حقها اذ جعل بدل بضعها ولذا تتصرف فيه ابراء واستيفاء فيكون التقدير اليها ويدل على عدم تعيين العشرة حديث عبد الرحمن بن عوف حيث قال فيم سقت اليها قال وزن نواة من ذهب فقال بارك الله لك اولم ولو بشاة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الاكثر وقيل ثلاثة وثلث وقيل النواة ربع دينار وعن جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اعطى في صداق امراة ملء كفيه سويقا او تمرا فقد استحل رواه ابو داود ولان قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم محصنين يوجب وجود المال مطلقا فالتعيين الخاص زيادة عليه بخبر الواحد وانتم تمنعونه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من حديث جابر رضي الله عنه الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يتزوجن الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة رواه الدارقطني والبيهقي وتقدم الكلام عليه في الكفاءة فوجب الجمع فيحمل كل ما افاد ظاهره كونه اقل من عشرة على انه المعجل وذلك لان العادة عندهم كان تعجيل بعض المهر قبل الدخول حتى ذهب بعض العلماء الى انه لا يدخل بها حتى يقدم شيئا لها نقل عن ابن عباس وابن عمر والزهري وقتادة تمسكا بمنعه صلى الله عليه وسلم عليا فيما رواه ابن عباس ان عليا لما تزوج بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم اراد ان يدخل بها فمنعه صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئا فقال يا رسول الله ليس لي شيء فقال

من عشرة دراهم ولأنه حق الشرع وجوبا إظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة

اعطها درعا فاعطاها درعه ثم دخل بها لفظ ابي داود ورواه النسائي ومعلوم ان الصداق كان اربعمائة درهم وهي فضة لكن المختار الجواز قبله
لما روت عائشة رضي الله عنها قالت امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ادخل امرأة على زوجها قبل ان يعطيها شيئا رواه ابو داود فيحمل المنع المذكور على
الندب اي ندب تقديم شيء إدخالا للسرور عليها تألفا لقلبها واذا كان ذلك معهودا وجب حمل ما يخالف ما رويناه عليه جمعا بين الاحاديث وكذا يحمل
امره صلى الله عليه وسلم بالتماس خاتم من حديد على انه تقديم شيء تألفا ولما عجز قال قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك رواه ابو داود وهو محمل رواية
الصحيح زوجتكها بما معك من القرآن فانه لا ينافيه وبه تجتمع الروايات قيل لا تعارض ليحتاج الى الجمع فان حديث جابر فيه مبشر بن عبيد والحجاج بن
ارطاة وهما ضعيفان عند المحدثين قلنا له شاهد يعضده وهو ما عن علي رضي الله عنه قال لا تقطع اليد في اقل من عشرة دراهم ولا يكون المهر اقل من عشرة دراهم
رواه الدارقطني والبيهقي وقال محمد بلغنا ذلك عن علي وعبد الله بن عمر وعامر وابراهيم ورواه باسناده الى جابر في شرح الطحاوي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم وهذا من المقدرات فلا يدرك الا سماعا لكن فيه داود الاودي عن الشعبي عن علي رضي الله عنه وداود ضعفه ابن حبان والحق ان وجود ما ينفي
بحسب الظاهر تقدير المهر بعشرة في السنة كثير منها حديث التمس ولو خاتما من حديد وحديث جابر من اعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقا الحديث وحديث
الترمذي وابن ماجه انه صلى الله عليه وسلم اجاز نكاح امرأة على نعلين صححه الترمذي وحديث الدارقطني والطبراني عنه صلى الله عليه وسلم ادوا العلائق قيل وما العلائق
قال ما تراضى عليه الاهلون ولو قضيبا من اراك وحديث الدارقطني عن الخدري عنه صلى الله عليه وسلم قال لا يضر احدكم بقليل من ماله تزوج او بكثير بعد
ان يشهد الا انها ضعيفة ما سوى التمس فحديث من اعطى فيه اسحق بن جبريل قال في الميزان لا يعرف وضعفه الازدي ومسلم بن رومان
مجهول ايضا وحديث النعلين وان صححه الترمذي فليس بصحيح فيه عاصم بن عبيد الله قال ابن الجوزي قال ابن معين ضعيف لا يحتج به وقال ابن حبان فاحش
الخطأ فترك وحديث العلائق معلول بمحمد بن عبد الرحمن بن السلماني قال ابن القطان قال البخاري منكر الحديث ورواه ابو داود في المراسيل وفيه محمد بن
عبد الرحمن بن ابي ليلى ضعيف وحديث الخدري فيه ابو هارون العبدي قال ابن الجوزي قال حماد بن زيد كان كذابا وقال السعدي مثله مع احتمال كون تينك
النعلين تساوي عشرة وكون العلائق ما بها النفقة والكسوة ونحوها الا انه اعم من ذلك واحتمال التمس خاتما في المعجل وان قيل انه خلاف الظاهر
لكن يجب المصير اليه لانه قال فيه بعده زوجتكها بما معك من القرآن فان حمل على تعليمه اياها ما معه او نفي المهر بالكلية عارض كتاب الله تعالى وهو قوله
تعالى بعد عد المحرمات واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين فقيد الاحلال بالابتغاء بالمال فوجب كون الخبر غير مخالف له والا لم يقبل
ما لم يبلغ رتبة التواتر وهي قطعي في دلالته لا مسح للقطعي فيستدعي ان يكون قطعيا فاما اذا كان جزءا واحدا فلا فكيف واحتمال كونه غير تمام المهر
ثابت بناء على ما عهد من لزوم تقديم شيء او ندبه كان واقعا فوجب الحمل على ذلك لكن يتفق كون الحمل على ذلك عملا بخبر واحد لم يصح عند المحدثين
يستلزم الزيادة على النص لانه يقتضي تقييد الاحلال بمطلق المال فالقول بانه لا يحل الا بمال مقدر زيادة عليه بخبر الواحد وانه لا يجوز فان قيل
قد اقترن النص نفسه بما يفيد تقديره بمعين وهو قوله تعالى عقيبه قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم وما ملكت ايمانهم ثم ذلك المعين مجمل
فيلتحق بيانا بخبر الواحد قلنا انما افاد النص معلومية المفروض له سبحانه والاتفاق على انه في الزوجات والمملوكين ما يكفي كلا من النفقة
والكسوة والسكنى فهو مراد من الآية قطعا وكون المهر ايضا مرادا بالسياق لانه عقيب قوله خالصة لك يعني نفي المهر خالصة لك دون غيرك
قد علمنا ما فرضنا عليهم من ذلك فخالف حكمهم حكمك لا يستلزم تقديره بمعين وتقرير الصدر في تقدير المهر قياس حاصله المهر حق الشرع بالآية

ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رح لها مهر المثل لان التسمية بما لا يصلح مهرا كانعدامها ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بعدم التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلثة رح وعنده تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لانه بالدخول يتحقق تسليم المبدل

وسبب اظهار الخطر ليقع هو ما تقدم ومطلق المال لا يستلزم الخطر كحبة حنطة وكسرة وقد عهد في الشرع تقدير ما يستباح به العضو بماله خطر وذلك عشرة في حد السرقة فيقدر به في استباحة البضع وهذا تعدية الحكم من المنصوص الى المختلف فيه فان حكم الاصل ممنوع فانهم لا يقدرون نصاب السرقة بعشرة وايضا المقدر في الاصل عشرة مسكوكة او ما يساويها ولا يشترط في المهر ذلك فلو سمى عشرة تبرا تساوي تسعة مسكوكة جاز اللهم الا ان يجعل استدلالا على انه مقدر عندنا للشافعي رح في نفيه **قوله** ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رح مهر المثل قياسا على عدم التسمية بجامع ان تسمية الاقل تسمية ما لا يصلح مهرا وتسمية ما لا يصلح كعدمها فتسمية الاقل كعدم التسمية وعدم التسمية فيه مهر المثل فتسمية الاقل فيه مهر المثل وقولنا استحسان وله وجهان احدهما ان العشرة في كونها صداقا لا تتجزى شرعا وتسمية بعض ما لا يتجزى كله فهو كما لو تزوج نصفها او طلق نصف تطليقة حيث ينعقد ويقع طلقة فكذا التسمية لبعض العشرة والثاني وهو المذكور في الكتاب حاصله ان في المهر حقين حقها وهو ما زاد على العشرة الى مهر مثلها وحق الشرع وهو العشرة وللانسان التصرف في حق نفسه بالاسقاط دون حق غيره فاذا رضيت بما دون العشرة فقد اسقطت من الحقين فيعمل في مالها الاسقاط منه وهو ما زاد على العشرة دون ما ليس لها وهو حق الشرع فيجب تكميل العشرة قضاء لحقه فايجاب الزائد بلا موجب فان قيل القياس المذكور موجب له ولم يبطل بعد لانه معارضة قلنا ابطاله ان التشبيه المذكور اما في الحكم ابتداء بان يدعى اندراج التسمية بما لا يصلح في عدمها فثبوت الحكم فيه اعني وجوب مهر المثل ح بالنص والاجماع دون القياس ح يمنع الاندراج واما في الجامع فهو القياس ليثبت حكم الجامع في محل ثبوته فلا بد من تعيينه ليعلم ثبوته في الفرع اذ قياس الشبه الطردي باطل ولا نعلم ما هو الا ان يعينه عدم القدرة على تسليم شيء اذ لا قدرة على تسليم العدم بوجه ح تمنع كلية الكبرى لان عدم القدرة يخص ما ليس بمال كالمجهول فاحشا وان عينه فوات الخطر الذي وجب لاجله المهر على ما قررتم قلنا فيجب ما تحقق به ولم يتعين مهر المثل لتحققه بالعشرة فالزائد بلا موجب واما افساد المعنى لقوله لا معتبر بعدم التسمية الخ يعني لا نسلم ان كل ما لا يصلح مهرا يكون كعدم التسمية في ايجاب مهر المثل لان عدمها يصار الى ان يكون لرضاها بالبضع بغير مهر فيكون طلبها مهر المثل لمعرفة انه حكمه ورضاها بلا مهر لا يستلزم رضاها بالعشرة فما دونها لانها قد ترضى بعدمه تكرما على الزوج ولا ترضى بالعوض اليسير ترفعا فبعيد عن المبنى ولو قيل عدم التسمية ظاهر في القصد الى ثبوت حكمه من وجوب مهر المثل وليس الثابت في المتنازع فيه قصد ذلك والا لترك التسمية راسا لان زيادة التسمية ح تكلف امر مستغنى عنه في المقصود وهو قصد مهر المثل مع انه مختلف في كون حكم تسمية ما دون العشرة وجوب مهر المثل بل الظاهر انها رضيت بالعشرة لما صرحت بالرضا بما دونها فلا يثبت حكم الاصل فيه والا لكان اقرب ثم انه ليس المبنى ثم فرع على الخلاف فقال ولو طلقها قبل الدخول اي في صورة تسمية ما دون العشرة فلها خمسة عند علمائنا الثلثة لان الواجب بهذه التسمية عشرة وعنده المتعة وفي المبسوط وكذا لو تزوجها على ثوب يساوي خمسة فلها الثوب وخمسة خلافا له ولو طلقها قبل الدخول لها نصف الثوب مع درهمين ونصف وعنده المتعة وتعتبر قيمة الثوب يوم التزوج عليه وكذا لو سمى مكيلا او موزونا لان تقدير المهر واعتباره عند العقد وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه في الثوب تعتبر قيمته يوم القبض وفي المكيل والموزون يوم العقد لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا فيعتبر بالعقد والثوب لا يثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلا تعتبر قيمته وقت القبض انتهى وعلم مما ذكر ان المراد ثوب بعينه اما لو كان بغير عينه فانما تملكه بالعقد كما سيأتي **قوله** فلها المسمى ان دخل بها الخ هذا اذا لم تكسد الدراهم المسماة فان كان تزوجها على دنانير

وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه وان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية والاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله

التي هي نقد البلد فكسدت وصار النقد غيرها فانما على الزوج قيمتها يوم كسدت على المختار بخلاف البيع حيث يبطل بكساد الثمن قبل القبض على ما سيعرف **قوله** وبه يتأكد البدل اي يتأكد لزومه فانه كان قبل لازما لكن على شرف السقوط بارتدادها وتقبيلها ابن الزوج بشهوة **قوله** والشيء بانتهائه يتقرر لان انتهاءه عبارة عن وجوده بتمامه فيستعقب مواجبه الممكن التزامها من المهر والارث والنسب بخلاف النفقة ويعلم من هذا الدليل ان موتها ايضا كذلك فالاقتصار على موته اتفاق ولا اختلاف للاربعة في هذا سواء كانت حرة او امة **قوله** وان طلقها قبل الدخول والخلوة اي بعد ما سمى فلها نصف المهر ثم ان كانت قبضت المهر فحكم هذا التنصيف يثبت عند زفر بنفس الطلاق ويعود النصف الى ملك الزوج وعندنا لا يبطل ملك المراة في النصف الا بقضاء او رضا لان الطلاق قبل الدخول اوجب فساد سبب ملكها في النصف وفساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت ملكها بالقبض فاولى ان لا يمنع بقاءه فيتفرع على الخلاف ما لو اعتق الزوج الجارية المهر بعد الطلاق قبل الدخول وهي مقبوضة للمراة نفذ عتقه في نصفها عنده وعندنا لا ينفذ في شيء منها ولو قضاء القاضي بعد عتقه بنصفها له لا ينفذ ذلك العتق لانه عتق سبق ملكه كالمقبوض بالشراء الفاسد اذا اعتقه البائع ثم رد عليه لا ينفذ ذلك العتق الذي كان قبل الرد ولو اعتقها المراة بعد الطلاق نفذ في الكل وكذا ان باعت او وهبت لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء والتراضي عندنا واذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطئت الجارية بشبهة فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل كالارش لانه بدل جزء من عينها فان المستوفى بالوطئ في حكم العين دون المنفعة وسنذكر حكم الزيادة المذكورة وازالة البكارة بلا دخول كمن تزوج بكرا فدفعها فزالت بكارتها ليس كالدخول فلا يوجب الا نصف المهر عند ابي حنيفة رح وعند محمد رح كماله واختلف الرواية عن ابي يوسف فقيل هو مع محمد وقيل مع ابي حنيفة **قوله** والاقيسة فيه متعارضة جواب عن سؤال مقدر هو ان الآية وهي قوله تعالى فنصف ما فرضتم عام في المفروض اعني حكم التنصيف وقد خص منه ما اذا كان المفروض نحو الخمر وما اذا سمى بعد العقد الخالي عن التسمية فانه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فجاز ان يعارضه القياس ان وجد وقد وجد وهو انه في طلاقه قبل الدخول تفويت الملك على نفسه باختياره فكان كاعتاق المشتري العبد المبيع واتلاف المبيع ومقتضاه وجوب تمام المسمى او يقال هو رجوع المبدل اليها سالما فكان كما اذا تقايلا قبل القبض في البيع يسقط كل الثمن فقال الاقيسة متعارضة فان مقتضى الاول وجوب المسمى تمامه كما ذكرنا ومقتضى الثاني لا يجب لها شيء اصلا فتساقطا فبقي النص على ما كان عليه فكان المرجع اليه وعلى هذا يسقط ما اورد من ان مقتضى العبارة ان المصير الى النص بعد تعارض القياسين لكن الحكم على عكسه لان ذلك في نص لا يعارضه القياس ومن ان القياسين اذا تعارضا لا يتركان بل يعمل المجتهد بشهادة قلبه في احدهما لان ذلك فيما اذا لم يكن عموم نص يرجع اليه لكن تقرير السؤال على الوجه المذكور لا يتوجه لان تمام متمسك الآية هو انتصاف المسمى بالطلاق قبل الدخول قال الله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فتوجيه السؤال بان النص قد خص وقياس الطلاق قبل الدخول على اتلاف المبيع ونحو ذلك يوجب ان لا يجب شيء باطل لانه ح نسخ لتمام موجب النص لا تخصيص اذ لم يبق تحت النص على ذلك التقرير شيء وليس نسخ العام المخصوص بالقياس بل يخص به فلا يتوجه ليعارض باخر يمنعه من الاخراج وتقريره ولا على انه جواب سؤال يرد عليه ما ذكرنا انه يسقط على ذلك التقرير فلم يكن حاجة في الاستدلال سوى التعرض للنص الا ان يكون قصد ذكر الواقع في نفس الامر **قوله** وشرط يعني القدوري رح في لزوم نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول ان يكون قبل

قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها وقال الشافعي رحمه الله لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما يصير حقا لها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر

الحرة لانه لا قائل بالفصل منه تأكد تمام المهر بها قوله وان تزوجها ولم يسم لها مهرا الخ الاصل ان وجوب مهر المثل حكم كل نكاح لا مهر فيه نصا سواء سكت عنه او نفاه او سمى في العقد وشرط رده باشتراط جنسه وصورته ان تزوجها على الف على ان ترد اليه الفا صح ولها مهر مثلها بمنزلة عدم التسمية لان الالف بمقابلة مثلها فبقي النكاح بلا تسمية بخلاف ما لو تزوجها على الف على ان ترد عليه مائة دينار جاز وتقسم الالف على مائة دينار ومهر مثلها فما اصاب الدنانير يكون صرفا يشترط فيه التقابض وما يخص مهر المثل يكون مهرا فان طلقها قبل الدخول ردت نصفه وتكون على الزوج ان كانت قبضت الالف لان المقابلة هنا بخلاف الجنس عند اختلاف الجنس تكون المقابلة باعتبار القيمة ولو تفرقا قبل التقابض بطل حصة الدنانير من الدراهم وفي هذه الوجوه ان كانت حصة مهر المثل اقل من عشرة كمل لها عشرة ومن صور وجوبه ان تزوجها على حكمها او حكمه او حكم آخر لانه في الجهالة فوق جهالة مهر المثل الا ان في الاضافة الى نفسه ان حكم لها بقدر مهر المثل او اكثر صح او دونه فلا الا ان ترضى وفي الاضافة اليها ان حكمت بمهر مثلها او اقل جاز او اكثر فلا الا ان يرضى وفي الاجنبي ان حكم بمهر المثل جاز او باقل فلا الا ان ترضى او بالاكثر فلا الا ان يرضى وكذا اذا تزوجها على ما في بطن جاريته او اغنامه لا البيع بخلاف خلعها على ما في بطن جاريتها ونحوه يصح لان ما في البطن بعرضية ان يصير مالا بالانفصال فان لم يكن شيء فلا شيء الا والعوض في الخلع يحتمل الاضافة كالولد بخلاف النكاح ويحتملها فلا يحتملها بدله ومثله ما يخرجه نخله وما يكتسبه غلامه قوله او مات عنها وكذا اذا ماتت يجب ايضا مهر المثل لورثتها قوله وقال الشافعي رح يعني في قول عنده لا يجب في الموت شيء للمفوضة وهو قول مالك رح في صورة نفي المهر وقوله واكثرهم قوله واكثرهم اي اكثر اصحابه قوله له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء اي بعد التسمية ولا يخفى ان هذا الدليل يقتضي نفي وجوبه مطلقا قبل الدخول وبعده وهو خلاف ما نقله عن الاكثر ولان عمر وابنه وعليا وزيدا رضوان الله عليهم قالوا في المفوضة حسبها الميراث ولنا ان سائلا سال عبدالله بن مسعود رضي الله عنهما عن صورة موت الرجل فقال بعد شهر اقول فيه بنفسي فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطا فمن ابن ام عبد وفي رواية فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه بريئان ارى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل بن سنان

وفيه خلاف مالك رحمه الله والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهم وقوله من كسوة مثلها إشارة إلى أنه يعتبر حالها وهو قول الكرخي رحمه الله في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح أنه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الأصل

وإن تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسميته فهي لها إن دخل بها أو مات عنها وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول أبي يوسف رحمه الله أولا نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه مفروض فيتنصف بالنص ولنا أن هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد ما بالفرض في العقد إذ هو الفرض المتعارف **قال** فإن زادها في المهر بعد العقد

تستحب لها فرض لها أو لا (**قوله** وفيه خلاف مالك) فمذهبه استحباب المتعة في هذه الصورة وغيرها من الصور إلا المطلقة قبل الدخول بعد الفرض إلا أن تجيء الفرقة من جهتها في جميع الصور ووجهه قوله تعليقه بالمحسن أعني الأمر المذكور بقوله سبحانه عقيبه حقا على المحسنين وهم المتطوعون فيكون ذلك قرينة صرف الأمر المذكور إلى الندب والجواب منع قصر المحسنين على المتطوع بل هو أعم منه ومن القائم بالواجبات أيضا فلا ينافي الوجوب فلا يكون صارفا الأمر عن الوجوب مع ما انضم إليه من لفظ حقا وعلى (**قوله** والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة) قدر بها لأنها اللبس الوسط لأنها تصلي وتخرج فيها غالبا وفي المبسوط كسوة المتعة درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس ومن بعدهم سعيد بن المسيب والحسن وعطاء والشعبي وحيث قدروه بها مع فهم اللغة ليعرف منه أن لفظة متعة لا يقال في إعطاء الدراهم بل فيما سواها من الأثاث والأمتعة وهو المتبادر إلى الفهم أيضا فلا يقدر بالدراهم وإن لم يمتنع أن يقع على الدراهم أيضا إلا أن الشأن في المتبادر من الإطلاق وعن الشافعي رحمه الله تقديرها بثلاثين درهما لا باجتهاد الحاكم ثم يجتهد ليعرف حال من يعتبر بحاله من الزوجين أو حالهما لأن الأثواب معتبرة بحالها على ما هو الأشبه بالفقه لأن في اعتبار حاله تسوية بين الشريفة والخسيسة وإنه منكر بين الناس وقيل يعتبر حالها وهو الذي يشير إليه قول القدوري من كسوة مثلها وهو قول الكرخي لقيام هذه المتعة مقام مهر المثل فإنها إنما تجب عند سقوطه وفيه يعتبر حالها فكذا في خلفه وهكذا في النفقة والكسوة فإن كانت من السفل فمن الكرباس وإن كانت وسطا فمن القز وإن كانت مرتفعة الحال فمن الإبريسم وإطلاق الذخيرة كونها وسطا لا بغاية الجودة ولا بغاية الرداءة لا يوافق رأيا من الثلاثة إلا اعتبار حاله أو حالها أو حالهما وقيل يعتبر حاله وهو اختيار المصنف وصححه عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وقد يقال إن هذا يناقض قولهم إن المتعة لا تزاد على نصف مهر المثل لأنها خلفه فإن كانا سواء فالواجب المتعة لأنها الفريضة بالكتاب العزيز وإن كان نصف مهر المثل أقل من المتعة فالواجب الأقل إلا أن ينقص عن خمسة فيكمل لها الخمسة هذا كله نص الأصل والمبسوط وهو صريح في اعتبار حالها وهذا لأن مهر المثل هو الفرض الأصلي لكنه تعذر تنصيفه لجهالته فيصير إلى المتعة خلفا منه فلا يجوز الزيادة على نصف المهر ولا ينقص عن الخمسة لأن أقل المهر عشرة ومنع الشافعي اعتبار المتعة بمهر المثل لأنه يسقط بالطلاق قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك وأجيب بأن النكاح الذي فيه التسمية في المال أقوى من نكاح لا تسمية فيه وهذا الأقوى لا يجب بالطلاق قبل الدخول أكثر من نصف ما كان واجبا قبله فكذا في النكاح الذي لا تسمية فيه وكان الواجب قبل الدخول مهر المثل فلا يزاد بالطلاق قبل الدخول على نصفه ثم لا تجب المتعة إلا إذا كانت الفرقة من جهته كالفرقة بالطلاق والإيلاء واللعان والجب والعنة وردته وإبائه وتقبيله أمها أو ابنتها بشهوة وإن جاءت من جهتها فلا تجب كردتها وإبائها وتقبيلها ابنه بشهوة والرضاع وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وكما لا تجب المتعة بسبب مجيء الفرقة من قبلها لا تستحب لها أيضا لجنايتها ومقتضى هذا أن لا تستحب في خيارها وينبغي أن يقال بجنايتها أو رضاها به واستحباب المتعة لإيحاشها بالطلاق وكذا لو فسخه بخيار البلوغ أو اشترى هو أو وكيله منكوحته أو باعها المولى من رجل ثم اشتراها منه الزوج تجب المتعة وكل موضع لا تجب فيه المتعة عند عدم التسمية لا يجب نصف المسمى عند وجوده وفي كل موضع تجب فيه يجب والواجب بالعقد هو المسمى ومهر المثل إن لم يسم ثم بالطلاق قبل الدخول يسقط نصفه وقيل كله ثم يجب النصف بطريق المتعة (**قوله** وعلى قول أبي يوسف الأول) إشارة إلى أن قوله الآخر كقولهما (**قوله** فيتنصف بالنص) يعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم فإنه يتناول ما فرض في العقد أو بعده بتراضيهما أو بفرض القاضي فإن لها أن ترفعه إلى القاضي ليفرض لها إذا لم يكن فرض لها في العقد (**قوله** إن هذا تعيين لمهر المثل) وذلك لأن هذا العقد حين انعقد موجبا لمهر المثل لأن ذلك حكم العقد الذي لم يسم فيه مهر ولثبوت الملزم لا يتخلف عنه

لزمته الزيادة خلافا لزفر رحمه الله وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن إن شاء الله وإذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول أبي يوسف رحمه الله أولا تتنصف مع الأصل لأن التنصيف عنده يختص

بثبوت اللازم فإذا كان الثابت بلزوم مهر المثل يتنصف إجماعا فلا يتنصف ما فرض بعد العقد والفرض المنصف في النص أعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم يجب حمله على المفروض في العقد بالضرورة لا لما بينا أن المفروض بعد عقد لا تسمية فيه هو نفس خصوص مهر المثل لتلك المرأة وأن الإجماع على عدم تنصيفه لزم بالضرورة أن المتنصف بالنص ما فرض في العقد على أن المتعارف هو الفرض في العقد حتى كان المتبادر من قولنا فرض لها الصداق أنه أوجبه في العقد فيتقيد كذلك نصف ما فرضتم ضرورة أن المخبر عنه بفرضتم هو الفرض الواقع في العقد وهذا من باب التقييد للعرف حملا على ما تقدم منه في الفصل السابق حيث قال أو هو عرف عملي ولا يصلح مقيدا للفظ وقدمنا أن الحق التقييد به وفي الغاية والدراية لا يتناول غيره أي غير المفروض في العقد لأن المطلق لا عموم له وليس بشيء لأن المطلق المتعرض لمجرد الذات يتناول المفروض على أي صفة كانت سواء كان في العقد أو بعده بتراضيهما أو بفرض القاضي عليه لرافعه لينفرض لها فالصواب ما ذكرنا من أن المفروض بعد العقد نفس مهر المثل وأن الفرض لتعيين كميته ليمكن دفعه وهو لا يتنصف إجماعا فتعين كون المراد به في النص المتعارف دون غيره مما يصدق عليه لغة لما بيناه لأن غيره غير متبادر لندرة وجوده **فرع** لو عقد بعد التسمية ثم فرض لها دارا بعد العقد ولا شفعة فيها للشفيع لما قلنا إن المفروض بعد تقديره مهر المثل مهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها أن ترد الدار وترجع على الزوج بالمتعة بخلاف ما لو كان سمى في العقد ثم باعها به الدار فإن فيها الشفعة لأنها ملكت الدار شراء بالمهر وإن طلقها قبل الدخول بها فالدار لها وترد نصف المسمى على الزوج لأنها صارت مستوفية للصداق بالشراء والشراء لا يبطل بالطلاق **قوله** لزمته الزيادة خلافا لزفر والشافعي رحمه الله لأنها لو صحت بعد العقد لزم كون الشيء بدل ملكه قلنا اللزوم متوقف على تقدير الالتحاق بأصل العقد وينتقض بالعوض عن الهبة بعد عقدها والدليل على الصحة قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة فإنه يتناول ما تراضيا على إلحاقه وإسقاطه ومن الزيادة ما لو راجع المطلقة الرجعية على ألف فإن قبلت لزمت وإلا فلا لأن هذه زيادة وقيل لا تشترط في اللزوم ويناسب هذه مسألة التواضع لما فيها من تعدد التسمية لو تواضعا في السر على مهر وعقدا في العلانية بأكثر منه إن اتفقا على أن العلانية هزل فالمهر مهر السر وإن اختلفا فادعى الزوج المواضعة وأنكرت فالقول لها هذا إن اتحد الجنس فإن اختلفا فإنه ينعقد بمهر المثل ولو عقدا في السر بألف وأظهرا ألفين فكذلك إن اتفقا على المواضعة فالمهر ما في السر وإن اختلفا فالقول للمرأة في دعوى الجد فيلزمه مهر العلانية إلا أن يكون أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها أنه يهزل وأقام البينة بذلك فيثبت ما ادعاه ولو عقدا في السر بألف ثم عقدا في العلانية بألفين وأشهدا أن العلانية سمعة فالسر وإن لم يشهدا فقال الصدر الشهيد عند أبي حنيفة رحمه الله المهر مهر السر وعند محمد مهر العلانية وذكر القاضي الإمام أبا يوسف مكان محمد وجعل محمدا مع أبي حنيفة قال لو تزوج امرأة بألف ثم جدد بألفين رحمهم الله اختلفوا فيه فكتب خواهر زاده أن على قول أبي حنيفة ومحمد لا تلزم الألف الثانية وعلى قول أبي يوسف يلزمه الألف الثانية وذكر في المحيط قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وفي شرح الطحاوي تزوجها على ألف ثم على ألفين لا يثبت الثاني خلافا لأبي يوسف ووجه عدم الثبوت بأنهما قصدا إثبات الزيادة في ضمن العقد ولم يثبت العقد فكذا الزيادة فاتفقت هذه النقول على أن قول أبي حنيفة عدم الثاني وعلى عكس هذا حكى الخلاف في الكافي للشيخ حافظ الدين قال تزوجها على مهر في السر بشهادة شاهدين على ألف ثم تزوجها في العلانية بألفين فمهرها ألفا درهم ويكون هذا زيادة في المهر عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف المهر هو الأول وهذا هو ظاهر المنصوص في الأصل وعليه مشى شمس الأئمة أن عند أبي حنيفة رحمه الله المهر مهر العلانية قال في المبسوط إذا تعاقدا في السر بألف وأشهدا أنهما يجددان العقد بألفين سمعة فالمهر هو الأول لأن العقد الثاني بعد الأول لغو وبالإشهاد علمنا

بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر وإن حط عنه من مهرها صح الحط لأن المهر حقها والحط يلاقيه حالة البقاء وإذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال المهر وقال الشافعي رحمه الله لها نصف المهر

إنما قصدا الهزل بما سمياه فيه وإن لم يشهدا على ذلك فالذي أشار إليه في الكتاب المهر مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر قالوا هذا عند أبي حنيفة فأما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله المهر هو الأول لأن العقد الثاني لغو فما ذكر فيه من الزيادة يلغو وعن عند أبي حنيفة رحمه الله أن العقد الثاني إن كان لغوا فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبرا بمنزلة من قال لعبده وهو أكبر سنا منه هذا ابني لما لغي صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد وعنده وإن لغي صريح كلامه في حكم النسب يبقى معتبرا في حق العتق انتهى كلام شمس الأئمة وبآخره يخرج الجواب عن المذكور في شرح الطحاوي من تعليل عدم اعتبار الثاني قوله أشار في الكتاب إلى أن المهر مهر العلانية هو والمراد على الإطلاق اعتبار العلانية في الأصل فإن عبارته فيه إذا تزوجها على مهر في السر وسمع في العلانية بأكثر منه يؤخذ بالعلانية فالتسمية في العلانية يشمل ما إذا أشهدا على أن العلانية هزل غير معقود وإذا لم يشهدا على ذلك وما إذا كان التسمية ليس في ضمن عقد بل مجرد إظهار على ما هو محصول صور المواضعة ونبهنا عليه أو في ضمنه فما أخرجه الدليل خرج ويبقى الباقي ولا اختلاف في اعتبار الأول إذا أشهدا على هزلية الثاني واعترفا به مطلقا فيبقى ما لم يشهدا فيه ولم يعترفا به مما هو في ضمن عقد ثان مرادا أو مطلقا وظاهر هذا أنه لا خلاف فيه بينهم والله سبحانه أعلم وذكر عصام أن عليه الفتوى ولم يذكر خلافا وإن ذكر في المحيط عنه أنه ذكر في كتاب الإقرار أنه لا يثبت الزيادة فأما حكى المشايخ الخلاف يجب كون المذكور قول أبي حنيفة البتة لأن وضع الأصل لإفادة قوله وكان القاضي الإمام قاضي خان إنما أفتى بأنه لا يجب بالعقد الثاني شيء إلا إذا عني به الزيادة في المهر لما علم أنه علة اعتبار العلانية فيما إذا جدد ولم يشهدا كونه زيادة لكن الأوجه الإطلاق لأن ذلك يقتضي أن يسأل الزوجان عن مرادهما قبل الحكم وقد ينكر الزوج القصد وينفتح باب الخصومة من غير حاجة إلى ذلك لأنه إذا كان الثابت شرعا جواز الزيادة في المهر والكلام الثاني يعطيه صادرا من مميز عاقل وجب الحكم بمقتضاه بل يجب أنه لو ادعى الهزل به لا يقبل ما لم تقم بينة على اتفاقهما على ذلك نعم ويخال أيضا أنه يجب الألفان مع الألف الأسر فيجتمع عليه ثلاثة آلاف لأن الأول قد ثبت وجوبه ثبوتا لا مرد له والمفروض كون الثاني زيادة فيجب بكماله مع الأول ثم ذكر في الدراية عن شرح الإسبيجابي جدد على ألف ثبت التسميتان عند أبي حنيفة وعندهما لا يثبت الثانية وكذا لو راجع المطلقة بألف وفي النوازل عن الفقيه أبي الليث رحمه الله إذا جدد لا يجب كلا المهرين وتوجيه من نقل لزوم الثاني فقط اعتبار إرادة الأول ضمن الكلام الثاني لأن الظاهر كون المقصود تغيير الأول إلى الثاني والذي يظهر من الجمع بين كلام القاضي والإطلاق المشتهر عليه كون المراد بكلام الجمهور لزومه إذا لم يشهدا من حيث الحكم ومراد القاضي لزومه عند الله في نفس الأمر ولا شك أنما يلزم عند الله تعالى إذا قصد الزيادة فأما إذا لم يقصدا حتى كانا هازلين في نفس الأمر فلا يلزم عند الله شيء حتى لا يطالب به في القيامة ويلزم ذلك في حكم القاضي لأنه يؤاخذه بظاهر لفظه إلا أن يشهدا على خلافه وما قيل إنه لا يجب المهر الثاني إلا إذا كانت قالت لا أرضى بالمهر الأول أو أبرأته ثم قالت لا أقيم معك بدون مهر فأما إذا لم يكن هذا السابق فلا يجب الثاني قريب من قول القاضي وحاصله اعتبار قرينة إرادة الزيادة واختلافهم فيما إذا كان التجديد بعد هبتها المهر الأول أنه هل يجب الثاني على الخلاف أو أن الاتفاق على عدم موجبه غير بعيد إذ قد يخال كون الزيادة يستدعي قيام المزيد عليه وبالهبة انتفى قيامه فلا يتحقق كون الثاني زيادة وهو المحقق لوجوبه وقد يقال إنما يستدعي دخوله في الوجود لا بقاءه إلى وقت الزيادة فيصلح منشأ للخلاف في ثبوته على الخلاف أو عدم ثبوته بالاتفاق وفي الفتاوى امرأة وهبت مهرها من زوجها أشهدان لها عليه كذا من مهرها تكلموا فيه والمختار عند الفقيه أبي الليث أن إقراره جائز إذا قبلت ووجهه في التجنيس بوجوب تصحيح التصرف ما أمكن وقد أمكن بأن يجعل كأنه زاد لها

لأن المعقود عليه إنما يصير مستوفى بالوطي فلا يتأكد المهر دونه ولنا أنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع والإجارة وإن كان أحدهما مريضا أو صائما في رمضان أو محرما بحج فرض أو نفل أو بعمرة أو كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لأن هذه الأشياء موانع أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور

في المهر وإنما شرطنا القبول لأن الزيادة في المهر لا تصح إلا بقبول المرأة انتهى والخلاف المشار إليه بقوله والمختار فرع الخلاف الذي قبله لأنه في صورة تسمية المهر والقيد وهو قبول المرأة صحيح لا يخالف المنقول عن أبي حنيفة وذلك لأن المنقول هو ما إذا جددا وعقدا ثانيا بأكثر ما يفيد اجتماعهما على الأمر الثاني وذلك يفيد قبولها الثاني بلا شبهة بخلاف هذه الصورة فإن المذكور فيها أن الزوج أقر أو أشهد ونحوه وهو لا يستلزم ذلك **قوله** لأن المعقود عليه وهو منافع بضعها إنما يصير مستوفى بالوطي ولا يجب كمال البدل قبل الاستيفاء ولا يجب كمال المهر قبله **قوله** ولنا أنها سلمت المبدل الخ يتضمن منع توقف وجوب الكمال على الاستيفاء بل على التسليم **قوله** اعتبارا بالبيع والإجارة يعني أن الموجب للبدل تسليم المبدل لا حقيقة استيفاء المنفعة كالبيع والإجارة الموجب فيهما التسليم وهو رفع الموانع والتخلية بينه وبين المسلم إليه وإن لم يستوف المشتري والمستأجر منفعة أصلا فكذا في المتنازع فيه يكون تسليم البضع بذلك بل أولى وأما قوله تعالى وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فالمجاز فيها متحتم لأنه إنما حمل المس على الوطي كما يقول فهو من إطلاق اسم السبب على المسبب والأوجه أنه من إطلاق اسم المطلق على أخص خصوصه وإن حمل على الخلوة كما نقول فمن المسبب على السبب إذ المس مسبب عن الخلوة عادة وكل منهما ممكن وترجح الثاني بموافقة القياس المذكور والحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم من كشف خمار امرأة أو نظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل رواه الدارقطني والشيخ أبو بكر الرازي في أحكامه وقد يقال يجب أن لا يعتبر هذا خلاف الأول مجازا إلا مجاز ثم الحقيقة والخلوة لا تصدق على الجماع فلا يكون المس مجازا فيها والإلزام أنه لو طلقها وقد وطئها بحضرة الناس وجب نصف المهر لأنه طلقها قبل الخلوة ولفرض أنها المراد بالمس في النص وهو باطل فلا يحمل على الخلوة ويجاب بأن ثبوت الكمال في الصورة بالإجماع للإجماع على أنه تسليم المبدل مع أو حالا الإجماع على وجوب كماله بالخلوة كما نقله الشيخ أبو بكر الرازي في أحكامه حيث قال هو اتفاق الصدر الأول وحكى الطحاوي فيه إجماع الصحابة وكذا ابن المنذر هو قول عمر رض وعلي وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وجابر ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم أجمعين ويوافقه قوله تعالى وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض أوجب جميع المهر بالإفضاء وهو الخلوة لأنه من الدخول في الفضاء قال الفراء ع فيكون وجوب نصفه بالطلاق قبل الخلوة الذي هو معنى النص مخصوصا أخرج منه الصورة التي أوردناها والدليل على وجوب المخصص الإجماع المذكور ومن فروع لزوم المهر بالخلوة لو زنا بامرأة فتزوجها وهو على بطنها فعليه مهران مهر بالزنا لأنه سقط الحد بالتزويج قبل تمام الزنا والمهر المسمى بالنكاح لأن هذا يزيد على الخلوة **قوله** وإن كان أحدهما مريضا شروع في بيان موانع صحة الخلوة وعبارة شرح الطحاوي وهي فيه جامعة قال الخلوة الصحيحة أن يخلو بها في مكان يأمنان اطلاع الناس عليهما كدار وبيت دون الصحراء والطريق الأعظم والسطح الذي ليس على جوانبه ستر وكذا إذا كان الستر رقيقا أو قصيرا بحيث لو قام إنسان يطلع عليهما وأن لا يكون مانع من الوطي حسا أو طبعا أو شرعا انتهى ومن فصل الموانع ذكر منها الرتق والقرن والعفل وأن تكون صغيرة لا تطيق الجماع أو هو صغير لا يقدر عليه قال بعضهم مشتهى ويتحرك آلته ينبغي أن يجب كمال المهر وإذا كان معهما ثالث استوى منعه لصحة الخلوة بين أن يكون بصيرا أو أعمى يقظان أو نائما بالغا أو صبيا يعقل لأن الأعمى يحس والنائم يستيقظ ويتناوم فإن كان صغيرا لا يعقل أو مجنونا أو مغمى عليه لا يمنع وقيل المجنون والمغمى عليه يمنعان وزوجته الأخرى مانعة إليه رجع محمد ره والجارية لا تمنع وفي جوامع الفقه جاريتها تمنع بخلاف جاريته وفي شرح المجمع في أمته روايتان والكلب العقور يمنع وغير العقور إن كان لها منع أو له لا يمنع وعندي أن كلب لا يمنع وإن كان عقورا إلا أن الكلب قط لا يعتدي

هذا التفصيل في صومها، اما صوم رمضان فلما يلزمه من القضاء والكفارة، والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء، و
الحيض مانع طبعا وشرعا، وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى، وهذا القول في المهر هو الصحيح، وصوم
القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه، والصلوة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله، واذا خلا المجبوب بامراته ثم طلقها
فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رحمه الله، وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض، بخلاف العنين لان الحكم ادير على سلامة الآلة، ولابي حنيفة ان المستحق عليها
التسليم في حق السحق وقد اتت به. قال: وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل، والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق الغير،
بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط في ايجابه، وذكر القدوري رحمه الله في شرحه ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة، وان كان حقيقيا كالمرض والصغر
لعدم التمكن حقيقة. قال: وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا

بمكان سيده ولا صحة من منعه سيده وجنبه ولو سافر بها فعدل عن الجادة بها الى مكان خال فهي صحيحة ولا تصح الخلوة في المسجد والحمام وقال شداد ان كانت ظلمة
شديدة صحت لانها كالبيت وعلى قياس قوله تصح على سطح لا ساتر له اذا كانت ظلمة شديدة والاوجه ان لا تصح لان المانع الاحتشام لا يختص بالبصر
الا ترى الى الامتناع لوجود الاعمى ولا ابصار للاحساس ولا تصح في بستان ليس له باب وتصح في محل عليه قبة مضروبة وهو يقدر على وطئها وان كان فيها
والجارية الامية كذلك ولو كانا في محترز من خان يسكنه الناس فرد الباب ولم يغلق والناس قعود في وسطه غير مترصدين لنظرهما صحت وان كانوا مترصدين
لا تصح وكذا والموانع من قبيل الحسي ولو دخلت عليه فلم يعرفها ثم خرجت او دخل هو عليها ولم يعرفها لا تصح عند ابي الليث وتصح عند الفقيه ابي بكر وكذا لو كا
نائمة ولو عرفها هو ولم تعرفه فهي تصح فرعان الاول لو قال ان خلوت بك فانت طالق فخلا بها طلقت ويجب نصف المهر الثاني للزوج ان
يدخل بزوجته اذا كانت تطيق الجماع ولا تقدير فيه وقدر بالبلوغ وبالتسع واعلم ان اصحابنا اقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء في حق بعض الاحكام
تأكد المهر وثبوت النسب والعدة والنفقة والسكنى في هذه العدة ومراعات وقت طلاقها ولم يقيموها مقامه في الاحصان وحلها للاول والرجعة
والميراث وحرمة البنات حتى اذا خلا بالمطلقة الرجعية لا يصير مراجعا واذا خلا بامراة ثم طلقها لا تحرم بناتها ولا يرث منها لو ماتت في العدة ولا احتياط
الواجب في هذه الاحكام وفي شرح الشافي ذكر تزوج البنت على عكس هذا ففيه خلاف واما في حق وقوع طلاق آخر ففيه روايتان والاشبه وقوعه لان
الاحكام لما اختلفت في هذا الباب وجب ان يقع احتياطا قوله وهذا التفصيل في صومها قال العبد لشهيد هو الصحيح قوله وهذا القول اي رواية المنتقى
في حق كمال المهر هو الصحيح وفيما الغير عنها اي في حق جواز الافطار فالصحيح غير بار وهو انه لا يباح الا بعذر وقد قدمناه في كتاب الصوم بحثا ان رواية المنتقى
في جواز الافطار بلا عذر ثم وجوب القضاء اذا قعد بالدليل من ظاهر الرواية وقول المص هو الصحيح احترازا عن رواية شاذة عن ابي حنيفة
انه يمنع لانه يمنع الجماع ويجعل اجالما فيه من ابطال الحمل قوله ادير على سلامة الآلة يعطي ان خلوة الخصي صحيحة وهو كذلك بالاتفاق قوله
والعدة واجبة في جميع المسائل اي عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة احتياطا لتوهم الشغل نظرا الى التمكن الحقيقي وكذا في المجبوب
لقيام احتمال الشغل بالسحق ولهذا يثبت نسب الولد منه عند ابي سليمان وذكر التمرتاشي ان علم انه ينزل يثبت وان علم بخلافه فلا وعليها العدة والاول
احسن وعلم القاضي بانه ينزل اولا ربما يتعذر او يتعسر قال العتابي تكلم مشايخنا في العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة انها واجبة ظاهرا او حقيقة
فقيل لو تزوجت وهي متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء قوله والعدة حق الشرع ولذا لا تسقط لو اسقطاها ولم تحل لما تحتج
ولو اذن لها الزوج وتتداخل العدتان ولا يتداخل حق العبد والولد اي وحق الولد ولذا قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم
الآخر ان يسقي ماءه زرع غيره فلا يصدقان في ابطالها باتفاقهما على عدم الوطء بخلاف المهر لانه مال فلا يحتاط في ايجابه غير ان في وجه الاستدلال
بالحديث على انها حق الولد تأملا قوله وذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة
وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة فكان كالطلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقين بعدم الشغل هذا ما قاله قال في
التمرتاشي وقاضيخان ويؤيده ما ذكره العتابي الا ان الاوجه على هذا ان يخص الصغير بغير القادر والمريض بالمدنف لثبوت التمكن حقيقة في غيرهما واعلم
ان المراد لوجوب العدة بالخلوة انما هو في النكاح الصحيح اما النكاح الفاسد فلا تجب العدة بالخلوة فيه بل بحقيقة الدخول قوله وتستحب المتعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة
وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمى لها مهرا في كل من الحصر والاستثناء اشكال اما الاول فان المطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهرا داخلة

وقال الشافعي رحمه الله تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الايحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل واذا زوج الرجل بنته على ان يزوجه المتزوج بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان ولكل واحدة منهما مهر مثلها وقال الشافعي رحمه الله بطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا اشتراك بدون الاستحقاق

ن موجبة المتعة واجبة لها واما الثاني فالمطلقة قبل الدخول المفروض لها ذكر في المبسوط والمحيط والمختلف والعمرانية المتعة تستحب لها ويستحسن الاول لان الاستحباب مستعمل في اعم من الوجوب يعني انه بالمعنى اللغوي او هو عام مخصوص بالصور السابقة وقرينة التخصيص ما تقدم ذكره لما قال وتستحب لكل مطلقة غير تلك وعن الشافعي انه قول القدوري تبعه فيه وفي بعض مشكلات القدوري المتعة اربعة اقسام واجبة وهي ما تقدم ومستحبة وهي التي طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهرا وسنة وهي التي طلقها بعد الدخول وقد سمى لها والرابعة ليست بواجبة ولا سنة ولا مستحبة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها الا ان نصف المهر ثابت لها فيقوم مقام المتعة وقيل الصحيح ان هذا تغيير وقع من الكاتب فذكر بعضهم ان في بعض النسخ ولم يسم لها مهرا ونقل في الدراية ضبط كذلك عن غير واحد **قوله** وقال الشافعي رحمه الله تجب لكل مطلقة الا لهذه وعن احمد رواية كقوله ورواية كقولنا وتقدم تفصيل مالك وجه قول الشافعي انها في المطلقة قبل الدخول والتسمية واجبة اتفاقا بالنص واما في المدخول بها فلان وجوب المتعة الواجبة في صورة عدم التسمية للايحاش بالطلاق وما سلم لها من المهر ليس في مقابلته بل في مقابلة البضع فيجب نفعا للايحاش واما التي لم يدخل بها وقد سمى لها فوجوب نصف المهر لها ثابت بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم بطريق المتعة اي بطريق ايجاب المتعة في غيرها وهو جبر صدع الايحاش لا المهر لعدم استيفاء منافع بضعها فلا تجب متعة اخرى والا تكررت وقوله فسخ مجاز لانه وقع طلاقا حتى انتقص عدد الطلاق لكن كالفسخ من جهة انه كالاقالة السابقة على النكاح بسبب عود المعقود عليه سالما اليها فلا يلزم كون ما ذكره على قول من قال يسقط كل المهر بهذا الطلاق لانها تم يجب بطريق المتعة فجاء القول المحققين انه يبقى نصف المهر ويسقط نصفه بالنص وله ايضا قوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين خص منها تلك المطلقة بنص فنصف ما فرضتم جملة تام حكمها وبه يحمل قوله تعالى اذا نكحتم المؤمنات الى قوله فمتعوهن على غير المفروض لها لتعليقه ان نصف مهرها بطريق المتعة **قوله** ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة بكسر الواو وقد وقع به السماع لانها مفوضة نفسها او وليها والزوج ذكرها اي فوضها وليها الى الزوج وهي التي زوجت بلا مهر مسمى وحاصله منع كون علة الوجوب في الاصل وهي المفوضة الايحاش وابطل مناسبته للعلية آخر بقوله وهو غير جان في الايحاش لانه باذن الشرع بل الوجوب فيها تعويض عما كان واجبا لها من نصف مهر المثل لانه اقرب الى فهم من علم انه تعالى اسقطه كان واجبا لها ثم اوجب لها شيئا آخر مكانه وعلم ان لا جناية في الطلاق بل قد يكون مستحبا في التي لا تصلي والفاجرة ولا سقوط في المدخول بها مطلقا فلا تجب لها لانتفاء العلة السابقة ولا نسلم ان ما سلم للمدخول بها في مقابلة البضع بل بقبولها العقد على نفسها الملصق به المال في قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم محصنين ولهذا كان لها المطالبة به قبل الدخول غير ان بالدخول يتقرر ما كان على شرف السقوط وقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين اما ان اللام للعهد الذكري في المطلقات التي لم يسم لهن لانه تقدم ذكرهن بقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ثم قال ومتعوهن او يراد بمتعوهن ايجاب نفقة العدة وكسوتها واما غير المدخول بها المسمى لها فمحل الاتفاق وانما الاستحباب في المدخولات لقوله تعالى فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا وهن مدخولات **قوله** واذا زوج الرجل ابنته على ان يزوجه الزوج بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر اي صداقا فيه وانما قيد به لانه لو لم يقل على ان يكون بضع كل صداقا للاخرى او معناه بل قال زوجتك بنتي على ان تزوجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقا ولا يكون شغارا ولو زاد قوله على ان يكون بضع بنتي صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقا كان نكاح الثانية صحيحا اتفاقا والاول على الخلاف ثم حكمنا بالعقد عند صحته وفساد التسمية فيجب مهر المثل وقال الشافعي رحمه الله يبطل العقد بالمنقول

أي إن تزوج حر امرأة على خدمته إياها سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته وإن تزوج عبد امرأة بإذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لأن ما يصلح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لأنه بذلك تتحقق المعاوضة وصار كما إذا تزوجها على خدمة حر آخر برضاه أو على رعي الزوج غنمها ولنا أن المشروع إنما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذلك المنافع على أصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لأنه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لأنه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها بإذنه وأمره

والمعقول أما الأول فحديث ابن عمر رضي الله عنهما أخرجه الستة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح الشغار وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته من الرجل على أن يزوجه ابنته أو أخته وليس بينهما صداق والنهي يقتضي فساد المنهي عنه والفاسد في هذا العقد لا يفيد الملك اتفاقا وعنه صلى الله عليه وسلم قال لا شغار في الإسلام والنفي رفع لوجوده في الشرع وعرف منه التعدي إلى كل ولي يزوج موليته على أن يزوجه الآخر موليته كسيد الأمة يزوج أمته على أن يزوجه الآخر موليته كذلك وأما الثاني فإن كل بضع صداق ومنكوح فيكون مشتركا بين الزوج ومستحق المهر وهو باطل والإطناب في تقريره مستغنى عنه والجواب عن الأول أن متعلق النهي والنفي مسمى الشغار والمأخوذ في مفهومه خلوه عن الصداق وكون البضع صداقا ونحن قائلون بنفي هذه الماهية وما يصدق عليها شرعا فلا نثبت النكاح كذلك بل نبطله فيبقى نكاحا سمي فيه ما لا يصلح مهرا فينعقد موجبا لمهر المثل كالنكاح المسمى فيه خمر أو خنزير فما هو متعلق النهي لم نثبته وما أثبتناه لم يتعلق به بل اقتضت العمومات صحته أعني ما يفيد الانعقاد بمهر المثل عند عدم تسمية المهر وتسمية ما لا يصلح مهرا فظهر أنا قائلون بموجب المنقول حيث نفيناه وعن الثاني بتسليم بطلان الاشتراك في هذا الباب ونحن لم نثبته لأنه إنما يكون بالاستحقاق وقد أبطلناه بكونه صداقا فأبطلنا استحقاق مستحق المهر بضعها فبقي كله منكوحا في عقد بشرط فيه شرط فاسد ولا يبطل به النكاح بخلاف ما لو زوجت نفسها من رجلين فإن بطلان الاشتراك فيه لم يستلزم بطلان النكاح وإنما استلزمه عدم موجب التعيين لعدم الأولوية **قوله** وإن تزوج حر امرأة على خدمته سنة فلها مهر مثلها وقال محمد رحمه الله في الجامع لها قيمة خدمته سنة ولم يذكر القدوري خلافا واختلف في قول أبي يوسف فقال الشارحون ينبغي أن يكون مع محمد وقال بعض المشايخ مع أبي حنيفة وهو الأظهر والأصح يقتصر على خلاف محمد في الجامع الصغير **قوله** وقال الشافعي رحمه الله لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين أي وجهي حرية الزوج وعبديته **قوله** وكذا المنافع على أصلنا قصر النظر على هذه النكتة يوجب أن لا يصح تسمية شيء من المنافع وملاحظة قوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته وهي مال يقتضي جواز جميع منافع الأعيان ما خلا خدمة الحر ويوافقه عموم مفهوم قوله ولا كذلك الحر وهذا هو الموافق لما في جامع قاضي خان وشرح الشافي لنجم الدين عمر النسفي وما قال في البدائع لو تزوجها على منافع سائر الأعيان من سكنى داره وخدمة عبده وركوب دابته والحمل عليها وزراعة أرضه يعني أن تزرعها هي أرضه ونحوها من منافع الأعيان مدة معلومة صحت التسمية لأن هذه المنافع أموال أو التحقت بالأموال شرعا في سائر العقود لمكان الحاجة والحاجة في النكاح متحققة وإمكان الدفع ثابت بتسليم محالها إذ ليس فيه استخدام المرأة زوجها فيفيد جواز تسمية خدمة الحر وهو الصحيح وفي الغاية معزوا إلى المحيط لو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته وترجع على الزوج بقيمة خدمته وهذا يشير إلى أنه لا يخدمها لأنه أجنبي فلا يؤمن الانكشاف عليه مع مخالطته للخدمة وإما أن يكون مراده إذا كان بغير أمر ذلك الحر ولم يجزه وأنت إذا تأملت تعليل محمد رحمه الله وجوب قيمة الخدمة بأن المسمى مال إلا أنه عجز عن التسليم للمناقضة وتعليلهما نفي ماليته بعدم استحقاقه في هذا العقد بحال أفاد أنه لو استحق تسليمه التحق بالأموال لكن انتفى ذلك للزوم المناقضة لاتحاد وتوقف في صحة تسمية خدمة حر آخر ثم بعد هذا يجب أن ينظر فإن لم يكن بأمره ولم يجزه وجب قيمتها وإن كان بأمره فإن كانت خدمة معينة تستدعي مخالطة لا يؤمن معها الانكشاف والفتنة وجب أن تمنع وتعطى هي قيمتها أو لا تستدعي ذلك وجب تسليمها وإن كانت غير معينة بل تزوجها على منافع ذلك الحر يتخير أحق بها لأنه أجير واحد فإن صرفته في الأول فكالأول أو في الثاني فكالثاني وبهذا زال الريب عن قوله بخلاف خدمة حر آخر فإنه لا مناقضة والأصل أن ما هو مال أو منفعة يمكن تسليمها شرعا يجوز التزوج عليها وما لا يجوز كخدمة الزوج الحر للمناقضة وحر آخر في خدمة تستدعي خلوة للفتنة وتعليم القرآن لعدم استحقاق الأجرة على ذلك كالأذان والإمامة والحج وعلى المفتى به يجب كونه

[illegible]

اخذ الاجرة على هذه فصح تسميتها واختلفت الرواية في رعي غنمها وزراعة ارضها للتردد في تمحضها خدمة وعدمه وكون الاوجه الصحة لقص الله تعالى
قصة شعيب وموسى عليهما السلام من غير بيان نفيه في شرعنا انما يلزم لو كان الغنم ملك البنت دون شعيب وهو منتف **قوله** بخلاف رعي الاغنام
الخ يعني انه لم يتمحض خدمة لها اذ العادة اشتراك الزوجين في القيام على مصالح مالهما اي يقوم كل بمصالح مال الآخر على انه ممنوع في رواية انه
بخلاف رعي الغنم والزراعة حيث لا يجوز على رواية الاصل والجامع وهو الاصح يعني على ان يزرع لها ارضها ويجوز على رواية ابن سماعة لانه ليس
من باب الخدمة لما ذكرنا الا يرى ان الابن اذا استاجر اباه للخدمة لا يجوز ولو استاجره للرعي والزراعة يصح انتهى **فرع** واذا اعتق امة
وجعل عتقها صداقها كان يقول اعتقتك على ان تتزوجيني نفسك بعوض العتق فقبلت صح العتق وهي بالخيار في تزوجه فان تزوجته فلها مهر مثلها
خلافا لابي يوسف له الحديث الصحيح انه صلى الله عليه وسلم تزوج صفية وجعل عتقها صداقها قلنا نص كتاب الله تعالى يعين المال فانه بعد عد المحرمات
احل ما وراءهن مقيدا بالابتغاء بالمال قال الله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين الآية وقول الراوي ذلك كناية عن عدم
المهر يعني اعتقها وتزوجها ولم يكن شيء غير العتق والتزوج بلا مهر جائز للنبي صلى الله عليه وسلم دون غيره وغاية ما فيه ان ما ذكرناه محتمل لفظ الراوي فيجب حمله
عليه دفعا للمعارضة بينه وبين الكتاب ولو ابت ان تتزوجه لزمها قيمتها ولو كانت الجارية ام ولد فاعتقها على ذلك فابت قال ابو حنيفة رح لا تجب عليها
قيمتها لان رقها غير متقوم عنده ولو قالت لعبدها اعتقتك على ان تتزوجني بالف او على ان تعطيني الفا فقبل عتق فان ابى تزوجها فعليه قيمة نفسه
وان تزوجها بالف قسم الالف على قيمة نفسه وعلى مهر مثلها فما اصاب الرقبة قيمته وما اصاب المهر فمهر يتنصف بالطلاق قبل الدخول **قوله** فان تزوجها
على الف وحاصل وجوهها اذا تزوجها على مسمى فاما من الدراهم او الدنانير او المكيل والموزون غير المعين بخلاف المعين منها فانه كالعرض وهما من العروض
والحيوان معينا او في الذمة ففي الاول ان وهبت الكل او النصف بعد قبض الكل ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه اتفاقا او قبله لم يرجع بشيء
خلافا لزفر او بعد قبض نصفه لم يرجع بشيء خلافا لهما وقالا يرجع بنصف المقبوض كائنا ما كان من النسبة حتى لو كانت وهبت اقل من النصف
وقبضت الباقي رجع عليها بنصف المقبوض وعنده يرجع الى تمام نصف الصداق وفي الثاني لا يرجع بشيء مطلقا قبضت او لم تقبض واوجب
زفر رجوعه بنصف قيمة العرض وجه الاتفاقية في الاول ان المقبوض ليس نفس المهر لانه وصف في الذمة بل شيء يقع به المقاصة فظهر انه لم
يصل اليه غير ما يستحقه بالطلاق اعني نصف المهر الا يرى ان لها ان تتمسك بالمقبوض وتعطيه غيره اذا طلقها قبل الدخول بعد القبض وتقريره
الى ان الواجب بالطلاق دراهم مطلقة وهذه ليست الا معينة ويدل على انها ليست عين الواجب كونها لها ان تمسكها وتدفع غيرها عند الفراق
قول زفر رح في ثاني شقي الاول ان الواصل اليه وان كان نفس الدين لكن وصل اليه بسبب غير الطلاق وهو الابراء وهو سبب اعم من الابراء
سبب عن الطلاق لما عرف من ان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف المسببات شرعا اصله حديث بريرة وبهذا امكنه لزوم الاختلاف شرعا ما لم يصل
اليه عين ما يستحقه فصارت كالاولى وجه الاستحسان ان المستحق بالطلاق وهو سقوط نصف الدين عنه تحقق بالابراء فحين ثبت الطلاق لم يؤثر
لعدم مصادفة شغل الذمة بالمهر وهو محل اثره لانه انما يؤثر في شغل الذمة بالاسقاط فلو اوجب شيئا آخر كما قال انه يرجع عليها بنصفه كانه عين ما كان
موجبه في غير محله وصار كمن عليه الدين المؤجل اذا عجله ثم حل الاجل لا يجب شيء آخر واذا تامت هذا التقرير سقط عندك ما تكلف في دفع لزوم
المسبب باختلاف السبب من تخصيص الدعوى بالاعيان لانها تقبل التغير بصفاتها بخلاف الاوصاف كالدين فيما نحن فيه حيث لا تقبل

بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه سلم له بالبيع

استحالة قيام الصفة بالصفة وهو ممنوع فاسد لان ثبوت الشيء شرعا لا يتوقف على ذلك انما هو اعتبار شرعي وقيام الصفة بالصفة بمعنى الاختصاص الناعت ليس محالا على ما عرف في التحقيقات الكلامية ثم يمكن جعل قوله في الكتاب انه وصل اليه عين ما يستحقه وهو مراده من نصف المهر الخ عليه اي عين ما يستحقه ذاتا لا من هو حيث بسبب الابراء ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود سابقا فانه لم يؤثر شيئا ووجه قولهما في قبض النصف الحاق البعض بالكل وهو قول الشافعي في الاصح يعني لو قبضت الكل ثم وهبته لا يرجع بنصفه ولا يخفى ان الملازمة تحكم فان رجوعه في صورة قبض الكل ليس لكونه قبض الكل لا البعض بل لانه لم يصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق وهذا المناط منتف في صورة قبض النصف بناء على ان الطلاق قبل الدخول اعادة نصف الصداق الى قديم ملك الزوج فيظهر ان الصداق الدين بذلك مشترك بينهما يعني تبين ذلك والا فحال البتة كان كله ملكها ظاهرا فاذا قبضت النصف انصرف الى حقها كالمكيل والموزون بين اثنين وهو في يد صاحبه قبض صاحبه نصفه كان المقبوض حقه فاذا ابرأته بعد ما قبضت النصف من الباقي او الكل كان الواصل اليها عين ما تستحقه بالوجه المذكور في هبة الكل قبل قبضه فظهران الحاقها البعض بالكل بوصف طردي غير مؤثر وتقرير الوجه الثاني ظاهر من الكتاب وقوله والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح يؤيد انها لو حطت حتى بقي اقل من عشرة صح ولا يستحق غيره وتسميته ما دون العشرة في اصل العقد لا تصح وقيده بالنكاح لانه يلتحق في البيع باصل العقد وتمامه الفرق ان البيع عقد معاينة ومبادلة مال بمال ومرابحة فتقع الحاجة الى دفع الغبن فيه فاعتبر الحط لقصد دفعه فالتحق باصل العقد ولا كذلك عقد النكاح فليس كذلك الحط فيه وقوله الا ترى ان الزيادة فيه لا تلحق حتى لا تتنصف استيضاح بعدم الالتحاق وهو مشكل فان عدم التحاق الزيادة باصل العقد هو الدافع لقول المانعين لها لو صحت كان ملكه عوضا عن ملكه فاذا لم يلتحق بقي ابطالهم بلا جواب فالحق انها تلتحق كما يعطيه كلام غير واحد من المشايخ وانما لا تتنصف لان الانتصاف خاص بالمفروض في نفس العقد حقيقة بالنص المقيد بالعادة المنصرف اليها على ما مر وهذه لم توجد حقيقة حالة العقد بل لحقت به وان وجه الحاقها بالبيع وهو انه قد يكون خاسرا او زائدا مضرا بالمشتري فيرد الى العدل يجري في النكاح وخبر انه ينقص عن مهر مثلها فيجبر بالزيادة اليه فان تزوجها مع نقصها عن مهر مثل اخواتها مثلا يعقب الندم لها وزيادته يعقبه ووجه قول زفر رح في العرض المعين هو احد قولي الشافعي في الجديد واختاره اكثر اصحابه ان الواجب عليه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره من ان السالم بالهبة غير ما يستحقه بالطلاق لاختلاف السبب فيترتب على الطلاق مقتضاه ويجب قيمة نصفه لتعذر عينه كما لو تزوج على عبد الغير فابى سيده ووجه الاستحسان ان الواجب بالطلاق سلامة نصف المقبوض وقد وصل عين ذلك اليه فلم يصادف الطلاق ما كان شاغلا لذمتها يوجب وجوب تفريغها منه عليها على نحو ما سلكت في التقرير السابق وحل كلام الكتاب هنا عليه اسهل مما تقدم **قوله** بخلاف ما اذا كان المقبوض دينا اي دراهم ونحوها فان الواصل اليه ليس عين ما يستحقه لعدم تعينها وبخلاف ما اذا باعت من زوجها العرض المذكور فانه وان وصل اليه عين ما يستحقه لكنه ببدل والسالم ببدل بمنزلة ذلك البدل نفسه الذي كان في ملكه كانه لم يصل اليه شيء ولو كان العرض او الحيوان في الذمة فكذلك الجواب اي لا يرجع عليها بشيء قبضت او لم تقبض اما اذا لم تقبض فتقريره تقرير ديناه اما ان قبضته ثم وهبته فلان المقبوض فيه متعين الرد بالطلاق فليس لها ان تمسكه وتدفع غيره بخلاف المقبوض من الدراهم وانما وقعت هذه المفارقة لان الاصل ان لا يثبت العرض في الذمة للجهالة ولذا لا يثبت في المعاوضات المحضة كالشراء لكنها تحملت في النكاح لجري التساهل في العوض فيه لانه غير المقصود منه فاذا عين بالتسليم لتعين كان العقد وقع على ذلك المقبوض فيجب رد عينه اذا استحق كما لو كان معينا في الابتداء فيعطى حكمه فيتاتى خلاف زفر رح في هذه ايضا لما عرف من اصله وهو اشتراط وصوله اليه من الجهة المستحقة وما ذكر في الغاية قال زفر في الدراهم

ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض من في الرد

والدنانير المعينة لا يرجع اليها بناء على اصله في تعينها استبعدت صحته عند لما علم من اشتراطه اتحاد الجهة الا ان تكون رواية ان فيها تعيين واوقف بحر الكرام الى شيء مما يتعلق باسار العرض المعين فهذه فوائد تتعلق به كلها من المبسوط فنقول لا يثبت فيه خيار الرؤية فلو تزوجها على شيء بعينه لم تره فانا نرى ليس لها رده ويثبت فيه خيار العيب فلها رده واذا كان العيب فاحشا وهو ما ينقص من القيمة قدرا لا يدخل تحت تقويم المقومين بخلاف العيب اليسير اما خيار الرؤية فلعدم الفائدة في اثباته لان الفائدة في اثباته التمكن من رد العوض الذي قوبل بالمسمى كالمراة في النكاح وهذا يحصل بالبيع لانه ينفسخ بالرد بخلاف النكاح لا ينفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولا ترد المراة بل غاية ما يجب رد المسمى فيه قيمته والقيمة ايضا غير مرئية واما خيار العيب فلثبوت فائدته وهي الرجوع بقيمته صحيحا لان السبب الموجب للتسمية هو العقد ولم يبطل بالاتفاق فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب له صحيحا ولكن بالرد بالعيب يتعذر تسليم المعين كما التزم فيجب قيمته كالعبد المغصوب اذا ابق وعلى هذا الاصل اذا هلك الصداق المعين قبل التسليم لا تبطل التسمية بل تجب مثله ان كان مثليا والا فقيمته وكذا لو استحق هذا اذا كان العيب قائما وقت العقد فان تعيب في يد الزوج قبل التسليم يسير افليس لها غيره وعن قدره لها الخيار او فاحشا فاما بفعل الزوج فلها الخيار ان تضمنه قيمته يوم تزوجها او تاخذه وتضمن الزوج النقصان لانه اتلف جزءا من الصداق ولو اتلفه ضمنه فاذا اتلف بعضه لزمه قدره وعن ابي حنيفة اذا اختارت اخذه لا تضمنه النقصان واما بآفة سماوية فلها هذا الخيار غير انها لا تضمنه النقصان اذا اختارت اخذه واما بفعل الصداق نفسه ففي ظاهر الرواية هو كالعيب السماوي لانه فعل نفسه بدر وعن ابي حنيفة انه كتعييب الزوج واما بفعلها فتصير قابضة له كله واما بفعل اجنبي فيجب ضمانه النقصان لان ضمانه بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتغير بين ان تاخذه وتضمن الجاني نقصانه او تضمن الزوج قيمته وهو يرجع على الجاني وليس لها ان تاخذ العين وتضمن الزوج النقصان لانه لا صنع منه هذا كله اذا دخل بها او مات عنها فان طلقها قبل الدخول فهو في حق النصف كما في الكل لو طلقها بعد الدخول فلو تعيب في يدها بعد قبضها ثم طلقت قبل الدخول فتعيب بالعيب السماوي ان شاء ضمنها الزوج نصف قيمته يوم قبضته لتعذر رده اياه كما قبضته وان شاء اخذ النصف وليس عليها ضمان نقصان التعيب بفعل الصداق كالسماوي وكذا بفعلها لانه صادف ملكا لها صحيحا فلا يوجب ضمان نقصان عليها واذا كان بفعل اجنبي فهو ضامن وهو كالزيادة المنفصلة المتولدة من العين لانه بدل جزء من العين فيمتنع معه تنصيف الاصل واما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضته كذا ان تعيب بفعل الزوج لان الزوج بعد تسليمه كالاجنبي في ايجاب الارش وذلك يمنع تنصيف الصداق بالطلاق فلو كان انما تعيب في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول كان للزوج ان ياخذ نصف الاصل مع نصف النقصان لان استحقاقه في النصف بالطلاق صار مستحق الرد على الزوج فكان في يدها في هذه الحالة كالمقبوض بشراء فاسد فيلزمها ضمان النقصان سواء تعيب بفعلها او بفعله او بامر سماوي لانه مضمون عليها بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب وان كان بفعل اجنبي فالارش كالزيادة المنفصلة حكمها ما وقع في مختصر الحاكم ابي الفضل ان التعيب في يدها قبل الطلاق وبعده في الحكم سواء قال شمس الائمة في المبسوط وهو مختل بل الصحيح في كل ما ذكرنا فلو كان المهر جارية فلم تقبضها حتى وطئها الزوج فجاءت بولد فادعاه لم يثبت نسبه لان الاستيلاد في ملك المراة غير صحيح الا ان الحد يسقط عنه للشبهة لان الصداق مضمون عليه بالعقد كالمبيع في يد البائع وعليه العقر لها لان العقر مع الولد زيادة منفصلة متولدة من الاصل لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين والعقر بدله فاذا طلقها قبل الدخول تنصف الكل فيكون العقر والجارية بينهما ولا تكون الجارية ام ولد للزوج لما

وهذا لان الجهالة تحمل في النكاح فاذا علم يصح كان التسمية وقعت عليه

ثبوت نسب ولدها منه ولكن يعتق نصف الولد على الزوج لانه ملك جاريته من الزنا فيعتق عليه للجزئية ويسعى للمرأة في نصف قيمته ولا يصير الزوج
ضامنا لانه ما صنع في الولد شيئا انما صنع الطلاق وذلك ليس مباشرة لاعتاق الولد بل من حكم الطلاق عود النصف الى الزوج ثم يعتق عليه حكما
للملك وان ماتت الجارية عند المرأة او قتلت ثم طلقها قبل الدخول فللزوج عليها نصف القيمة يوم قبضت لانه تعذر عليها رد نصف الصداق
بعد تقرر السبب الموجب له ولا سبيل للزوج على القاتل لان فعله لم يلاق ملكه بل ملك المرأة فلا يضمنه شيئا واذ قد انجر الكلام في الزيادة
في المهر فلنستوفيه وحاصله من المبسوط ان الزيادة قبل قبضه متصلة كالسمن والجمال وبياض العين ومنفصلة متولدة من العين كالولد
والاثمار والعقر وغير متولدة كالكسب والغلة وذلك كله يسلم لها اذا دخل بها او مات عنها لانه يملك بملك الاصل فاذا ملك الاصل كان سالما لها
وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة فاما اذا طلقها قبل الدخول فالزيادة المتولدة منفصلة او متصلة تتنصف بالطلاق
مع الاصل لانه في حكم جزء من العين والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل المبيعة فان الزيادة المتولدة
هناك كالموجود وقت العقد حتى يصير بمقابلتها شيء من الثمن عند القبض واما غير المتولدة كالكسب والغلة فلا تتنصف بالطلاق قبل الدخول
بل الكل لها في قول ابي حنيفة وقولهما تتنصف مع الاصل وكذا لو جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول حتى بطل ملكها عن جميع الصداق يسلم لها الكسب عند ابي حنيفة رح وعندهما يرد الكسب مع
الاصل وكذا المبيع قبل القبض يسلم الكسب للمشتري عنده وللبائع عندهما لهما ان الكسب زيادة منفصلة عن الاصل فيكون كالولد وكما لا يسلم لها الولد اذا بطل ملكها عن الاصل فكذلك الكسب وهذا لان
بطلان ملكها عن الاصل لانفساخ السبب فيه والزيادة انما تملك بملك الاصل متولدة كانت او لا فاذا انفسخ سبب الملك في الاصل لا يبقى سببا لملك الزيادة وحقيقة
الوجه لابي حنيفة رح ان سبب ملك الزيادة غير سبب ملك الاصل بل ملك الاصل يصير شرطا فسبب ملك الاصل مثلا قبول عقد النكاح وفي الزيادة الاكتساب
للمكتسب وهو الاحتطاب للعبد او اجارته نفسه او قبول له الهبة وهذه الاسباب لا تنفسخ بالطلاق غير ان المكتسب لما لم يكن اهلا للملك خلفه فيه
مولاه بذلك السبب لوصلة الملك بينهما وقت الاكتساب وبطلان ملكه في الاصل لا يتبين انه لم يخلفه في الملك بذلك السبب فليس الكسب
كالزيادة المتولدة لان المتولد جزء من الاصل يسري اليه ملك الاصل لا ان يكون مملوكا بسبب حادث الا يرى ان ولد المكاتبة يكون مكاتبا
وكسبها لا يكون مكاتبا وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعا يقابله حصة من الثمن عند القبض وكسبه ليس مبيعا ولا يقابله شيء من الثمن وان قبض مع الاصل
او قبضت الاصل مع الزيادة المتولدة ثم طلقها قبل ان يدخل بها تنصف الاصل والزيادة لان حكم التنصيف عند الطلاق ثبت في الكل حين كانت
الزيادة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضهما ولو كانت قبضت الاصل قبل حدوث الزيادة ثم حدثت في يدها ثم طلقها قبل الدخول فاما ان تكون
غير متولدة او متولدة من العين وهي اما منفصلة او متصلة فان كانت غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها وترد نصف الاصل على الزوج
لان حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها فيه فيكون سالما لها وان انفسخ ملكها في الاصل بعينه كالمبيع اذا اكتسب في يد المشتري ثم رد بالعيب
يبقى الكسب سالما له وبهذا قوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وقد كان الصداق في ضمانها فيسلم لها منفعته والكسب بدل المنفعة وان
كانت متولدة من العين فان كانت منفصلة كالولد والثمار امتنع تنصف الاصل بالطلاق وعود الكل اليه اذا جاءت الفرقة من قبلها وانما للزوج
في الطلاق نصف قيمة الاصل وفي ردتها جميع قيمته يوم قبضت فيهما في ظاهر المذهب وعلى قول زفر رح يتنصف الاصل مع الزيادة في الطلاق
ويعود الكل الى الزوج اذا جاءت الفرقة من قبلها لان بقبضها الا تأكد ملكها ما لم يكن حقا لها فيتوهم عود النصف الى الزوج بالطلاق والكل

وإذا تزوجها على ألف على أن لا يخرجها من البلدة أو على أن لا يتزوج عليها أخرى فإن وفى بالشرط فلها المسمى لأنه صلح مهرا وقد تم رضاها به

إذا جاءت الفرقة من قبلها ثابت فيسري ذلك الحق إلى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا إذا قبضها المشتري فزادت زيادة منفصلة فإن البائع
يستردها بزيادتها وروى ابن سماعة عن أبي يوسف تفصيلا قال في الطلاق يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الأصل وحين ردتها يسترد
منها الأصل مع الزيادة لأن الردة تفسخ السبب من الأصل فيكون الرد بحكم انفساخ السبب بمنزلة الرد لفساد البيع فيثبت الرد في الأصل
والزيادة أما الطلاق فحل العقد وليس بفسخ له من الأصل فلا يثبت حق الزوج في الزيادة التي لم تكن في ملكه ولا في يده ويتعذر نصف الزيادة
يتعذر تنصيف الأصل وجه ظاهر الرواية أنها ملكت الصداق بالعقد وتم ملكها فيه بالقبض فحدثت الزيادة على ملك تام لها والتنصيف عند الطلاق إنما يثبت
في المفروض في العقد وليست الزيادة مسماة فيه ولا حكما إذ لم يرد القبض المستحق بالعقد فيتعذر تنصيفها وهي جزء من العين فيتعذر تنصيفها فيتعذر تنصيف
العين كالزيادة المنفصلة في البيع تمنع رد الأصل بالعيب إذا كانت حادثة بعد القبض هذا بخلاف الزيادة المنفصلة في الموهوب فإنها لا تمنع الواهب
من الرجوع في الأصل لأن الهبة عقد تبرع فإذا رجع في الأصل بقيت الزيادة للموهوب له بغير عوض وقد كان الأصل سالما له بغير عوض فيجوز
أن تسلم الزيادة أيضا بغير عوض فأما البيع والنكاح فمعاوضة فبعد تعذر رد الزيادة لو أثبتنا الرد في الأصل بقيت الزيادة سالمة بلا عوض وهي
جزء من الأصل ولا يجوز أن يسلم الملك بلا عوض بعد رفع عقد المعاوضة وإذا تعذر تنصيف الأصل وجب عليها نصف قيمته للزوج لتعذر
رد العين بعد تقرر سبب وجوبه ولما كان الصداق إنما دخل في ضمانها بالقبض كان المعتبر القيمة وقت القبض وإن كانت متصلة كالسمن وانجلاء
البياض فطلقها قبل الدخول فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هذا والزيادة المنفصلة سواء إنما للزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضت
وعند محمد وزفر رحمهما الله يتنصف الأصل بزيادته لأن النكاح عقد معاوضة والزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات كما لو اشترى جارية
بعبد وقبضها فازدادت متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم أو رده المشتري بعيب فإنه يسترد الجارية بزيادتها بخلاف ما لو كانت الزيادة
منفصلة وهذا لأن المتصلة كزيادة السعر ألا ترى أنها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها كزيادة السعر فكذا في الصداق بخلاف
الموهوبة فإن الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لأن الهبة ليست بعقد ضمان فالقبض بحكمها لا يوجب ضمان العين على الموهوب له فلم يبق للواهب
حق في العين حتى يسري إلى الزيادة وإذا تعذر الرجوع في الزيادة تعذر في الأصل لأنه لا ينفصل عنها بخلاف قبضها الصداق فإنه قبض
ضمان بحق الزوج فيتبين به بقاء حق الزوج في الأصل فيسري إلى الزيادة كالبيع ولهما أن هذه الزيادة حدثت من ملك صحيح لها فيكون سالما
لها بكل حال كالمنفصلة وإذا تعذر تنصيف الزيادة تعذر تنصيف الأصل لما قال محمد رحمه الله والدليل عليه أن الصداق في حكم الصلة من حيث أنها تملكه لا عوضا
عن مال والمتصلة في الصلات تمنع رد الأصل كالموهوب وتأثير المتصلة في الصلات أكثر من المنفصلة حتى أن المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمتصلة
تمنع ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصيف الأصل فالمتصلة أولى أن تمنع فأما البيع فالصحيح أن عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف أن المتصلة تمنع فسخ العقد
من الأصل كالمنفصلة وما ذكر في المأذون فهو قول محمد وقد نص في كتاب البيوع على أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف
كالمنفصلة وأما إذا كان حدوث الزيادة في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول فإنه يتنصف الأصل مع الزيادة لأن بالطلاق صار رد الأصل مستحقا عليها فيسري
ذلك إلى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا ترد بالزيادة المتصلة والمنفصلة بخلاف ما قبل الطلاق قوله (وإذا تزوجها إلخ) للمسألة صورتان الأولى أن
يسمي لها مهرا ويشترط لها منفعة لها أنفع كأن لا يخرجها من البلد أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو يطلق ضرتها والثانية أن يسمي لها مهرا على

وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الالف ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر رحمه الله الشرطان جميعا فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من الف ولا يزاد على الفين واصل المسألة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها فيه ان شاء الله

تقديره وآخر على تقدير آخر اما الاولى فحكمها ظاهر في الكتاب وهو انه ان وفى لها فليس لها الا المسمى والا فلها مهر مثلها فلو كان مهر مثلها قدر المسمى او اقل لا تستحق شيئا آخر وقال زفر ان كان ما ضم الى المسمى مالا كالهدية ونحوها يكمل لها مهر المثل عند فواته والا فليس لها الا الالف لان المال يتقوم بالاتلاف فلا يمنع التسليم اذا شرط لها في العقد بخلاف طلاق الضرة ونحوه لا يتقوم فلا يلزم وقال الامام احمد رحمه الله اذا فات ثبت لها الخيار في الفسخ لانها لم تتزوجه الا على ملك المرغوب فيه فصار كما اذا باع عبدا على انه خباز او كاتب وهو بخلافه ولقوله صلى الله عليه وسلم حق الشروط ان توفوا به ما استحللتم به الفروج وجواب زفر ان ايجاب التسليم ليس للتقوم في المضموم بل لعدم رضاها بالالف الا به فبانتفائه ظهر عدم رضاها بالمسمى فكان كعدم التسمية وفيه مهر المثل وجواب الثاني ان ذلك في الشرط الصحيح وليس هذا منه لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا وهذه الشروط تمنع التزوج والتسري الموجب الجري على موجبها فكانت باطلة فلا يثبت عدمها في خيار الفسخ بل ان وفى تمت التسمية لرضاها بها والا تم لعدم الرضا وفساد العقد ليس لازما لعدم التسمية ولا لعدمها اصلا اذ ليس ذكرها من الاركان ولا الشروط بخلاف البيع فان قيل ما استدللتم به ليس محل النزاع لان مقتضى الشرط المذكور ان لا يتزوج ما دامت تحته مختارا لعدم دخول خيار الفسخ في يدها واين عدم التزوج مختارا من تحريمه شرعا فالجواب ان الشرط المحرم للحلال بعدما حكم بكونه باطلا لا يتصور الا على ارادة كونه شرط ترك الحلال او فعل الحرام اذ لو اريد حقيقة ما ثبت به حكم الحل شرعا لم يكن باطلا واذا عارضه وجب حمل الاحقية المذكورة فيما روي على ما من الحق في نفسه فيراد به ضد الباطل وهو اعم من الوجوب صادق عليه وعلى الجائز والمندوب لا ما يخص الواجب تعينا بقي ان يقال اذا ظهر عدم رضاها بالالف لم يلزم كونه نكاحا بلا تسمية والا تغير للقطع بانها ليست مفوضة بل مما رضيت بتسمية صحيحة معينة وقد قالوا اذا سمي للبكر عند استيذانها مهر فسكتت لا يكون رضا حتى يكون المهر وافرا ولا يصح النكاح بمهر المثل ولا به فكيف وهي مصرحة بنفيه وكون مهر مثلها اصلا لا يستلزم صحة الحكم به ما لم تكن مفوضة او تصرح بالرضا به والا فقد لا ترضى بمهر المثل لتسميته فلا ينفذ النكاح عليها به فيجب ان تختار كما اذا زوجت نفسها من غير كفوء فانه ينعقد ثم يثبت للولي خيار الفسخ واما ما ذكر من حمل لفظ احق في الحديث على ما ذكرنا فلا موجب لان ذلك الموجب وهو تحريم الحلال منتف لانه لا يحرم التسري بهذا الشرط بل هو امتنع منه باختياره مختارا لاحب الامرين اليه وهو صحبة الزوجة ولهذا لو تسرى لا يقول فعل محرما او هو في هذا امتناعه عن بعض المباحات بحلفه لا يفعله اما الثاني فكما لو تزوجها على الف ان اقام بها او ان لا يتسرى او ان لا يطلق ضرتها او ان كانت مولاة او ان كانت اعجمية او ثيبا او على الفين ان كان ضدها فان وفى بالاول او كانت اعجمية ونحوه فلها الالف والا فمهر المثل لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الف عند ابي حنيفة وكذا ان قدم شرط الالفين يصح المذكور عنده حتى لو طلقها قبل الدخول يجب لها نصف المسمى الاول بناء على انه لا خطر فيها وكذا في المسألة الاولى لان بالطلاق قبل الدخول يسقط اعتبار هذا الشرط وقالا الشرطان جائزان فلها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر الشرطان فاسدان فلها مهر مثلها لا ينقص عن الالف ولا يزاد على الالفين وجه قول ابي حنيفة انه لا خطر في التسمية الاولى بل هي منجزة بخلاف الثانية فهي معلقة فاذا وجد شرطها بان اخرجها مثلا ثبت لها ذلك المسمى وقد كان ذلك المسمى الاول ثابتا لان المنجز لا ينعدم بوجود المعلق فحين وجد المعلق بوجود شرطه اجتمع تسميتان فيجب مهر المثل للجهالة ووجه قولهما انهما معلقان فلا يوجد في كل تقدير سوى مسمى واحد ووجه قول زفر ان لا تعليق اصلا بل هما منجزان لان ما يضم مع المال انما يذكر للترغيب لا للشرط فاجتمعا فتفسد للجهالة واصلها في الاجارات وستزداد هناك وضوحا ان شاء الله تعالى واعلم انه نقل عن الدبوسي لو تزوجها على الف ان كانت قبيحة والفين ان كانت

ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد أحدهما أوكس والآخر أرفع فإن كان مهر مثلها أقل من أوكسهما فلها الأوكس وإن كان أكثر من أرفعهما فلها الأرفع وإن كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لها الأوكس في ذلك كله فإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالإجماع لهما أن المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمى وقد أمكن إيجاب الأوكس إذ الأقل متيقن وصار كالخلع والإعتاق على مال ولأبي حنيفة رحمه الله أن الموجب الأصلي مهر المثل إذ هو الأعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والإعتاق لأنه لا موجب له في البدل إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فالمرأة رضيت بالحط وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج رضي بالزيادة

جميلة ليعجبان بالاتفاق لأنه لا خطر في التسمية الثانية لأن أحد الوصفين ثابت في نفس الأمر جزماً غير أن الزوج يجهله وجهالته لا توجب خطراً بالنسبة إلى الوقوع وعدمه واستشكل بأن مقتضاه ثبوت صحتها اتفاقاً فيما إذا تزوجها بألف إن كانت مولاة أو ليست لامرأة بألفين إن كانت حرة الأصل أو لا امرأة لكن الخلاف منقول فيهما والأولى أن تجعل مسئلة القبيحة والجميلة على الخلاف فقد نص في نوادر ابن سماعة على الخلاف فيهما والله أعلم أنه لو كان تزوجها على ألف وعلى طلاق فلانة تطلق بمجرد تمام العقد بخلاف ما تقدم من كذا وإن يطلق فلانة فإنه ما لم يطلق لم تطلق وفي المبسوط لو تزوجها على ألف وعلى أن يطلق امرأته فلانة وعلى أن ترد عليه عبداً فقد بذلت البضع والعبد والزوج بدل الألف والطلاق فيقسم الألف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد فإن كانا سواء صار نصف الألف ثمناً للعبد ونصفها صداقاً لها وإذا طلقها قبل أن يدخل بها فلها النصف ذلك وإن دخل بها نظر إن كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل فليس لها إلا ذلك وإن كان أكثر فإن وفى بالشرط فطلق فليس لها إلا ذلك وإن أبى أن يطلق لم يجبر عليه لأنه شرط الطلاق وإيقاع الطلاق لا يصح التزامه في الذمة فلا يلزمه بالشرط شيء ولها كمال مهر مثلها ولو كان تزوجها على ألف وطلاق فلانة على أن ترد عليه عبداً وقع الطلاق بنفس العقد والزوج بذل شيئين الألف والطلاق والمرأة البضع والعبد فالشيئان متى قوبلا بشيئين يقسم كل واحد منهما على الآخرين فإن كان مهر المثل وقيمة العبد سواء كان نصف الألف ونصف الطلاق صداقاً لها فإذا طلقها قبل الدخول كان لها مائتان وخمسون والطلاق الواقع على الضرة بائن لأن بمقابلته نصف العقد ونصف البضع وإن لم يكن العوض مشروطاً لها وإنما جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة الطلاق لأن المجهول إذا ضم إلى المعلوم فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة ولو استحق العبد أو هلك قبل التسليم رجع بخمسمائة حصة العبد وبنصف قيمة العبد أيضاً لأن نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق واستحقاق العبد وهلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على من كان ملتزماً تسليمه فلهذا رجع بقيمة ذلك النصف وهنا المسئلة التي تجاذبها بابا الشفعة والنكاح وهي إذا تزوجها على دار على أن ترد ألفاً تقسم الدار على مهر مثلها وعلى الألف حتى لو استويا فالنصف مهر والنصف مبيع أن تفاوتا وهذا بالاتفاق ثم بل تثبت الشفعة بجار هذه الدار فيما مثلاً عند أبي حنيفة لا وعندهما نعم اعتباراً للبعض المبيع بالكل وهو يقول ما ثبت في ضمن شيء يعطى له حكم المتضمن لنفسه والبيع هنا في ضمن النكاح إذ العقد بلفظ النكاح فحكمه حكمه ولا شفعة في الدار التي يتزوج عليها فكذا في هذه ولو اعتبر البيع أصلاً فسد لأنه نكاح في ضمن بيع فيفسد البيع لأنه يفسد بالشروط الفاسدة وقبول النكاح صار شرطاً فيه وفي فتاوى الخاصي من علامة النون رجل تزوج امرأة ولم على أن تدفع إليه هذا العبد فإنه يقسم مهر مثلها على قيمة العبد ومهر مثلها لأنها بذلت البضع والعبد بإزاء مهر المثل والبدل ينقسم على قيمتها فما أصاب قيمة العبد فالبيع فيه باطل لأنها باعته بشيء مجهول ويصير الباقي مهراً لها وذكر في علامة الواو وقال لامرأة أتزوجك على أن تعطي عبدك هذا فأجابته بالنكاح جاز بمهر المثل فلا شيء له من العبد فلان هذا شرط فاسد وأما جواز النكاح فلأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة انتهى وهذا في القدر الذي يجب لها إذ مقتضى الأول تمام مهر المثل بخلاف الأول **قوله** ولو تزوجها على هذا العبد وهذا العبد أو على هذا الألف وهذا العبد وعلى ألفين أو ... مهر مثلها أقل من أوكسهما أو مثله فلها الأوكس إلا أن يرضى الزوج بدفع الأرفع فهو لها إلا أن ترضى بالأوكس وإن كان أكثر من أرفعهما أو مثله فلها الأرفع إلا أن ترضى بالأوكس وإن كان مهر مثلها بينهما أي فوق الأوكس ودون الأرفع فلها مهر مثلها وهذا عند أبي حنيفة وقالا لها الأوكس في ذلك كله فإن طلقها قبل الدخول فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالإجماع فلو كان قيمة العبدين سواء صحت التسمية اتفاقاً وكثير على أن منشأ الخلاف في الواجب الأصلي في النكاح فعنده مهر المثل لا

والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رضي الله عنه معنى هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس او حمار اما اذا لم يسم الجنس بان يتزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى اذ كل واحد منهما معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية والاقارير

اعدل اذ هو قيمة البضع لانه متقوم بحالة الدخول بخلاف المسمى فانه قد يزيد على قيمته وقد ينقص فلا يعدل عنه اليه الا عند صحة التسمية وقد فسدت للجهالة بادخال كلمة او وعندهما الواجب الاصلي المسمى فلا يعدل عنه الى مهر المثل الا اذا فسدت من كل وجه وهو منتف اذ يمكن ايجاب الاوكس لانه متيقن قياسا على الخلع والعتق على هذا العبد او هذا فانه يجب الاوكس فيهما اتفاقا وهذا ان كان منقولا عنهم فلا كلام فيه وان كان تخريجا فليس بلازم لجواز ان يتفقوا على ان الاصل مهر المثل ثم يختلفوا في فساد التسمية في هذه المسئلة فعنده فسدت لادخال او وتصير الى مهر المثل وعندهما لم تفسد لان المتردد بينهما لما تفاوت ورضيت هي بايهما كان فقد رضيت بالاوكس فتعين دون الارفع اذ لا يمكن تعيينه عليه مع رضاها بالاوكس واذا تعين مالها لم يصر الى مهر المثل لان المصير اليه حكم عدم التسمية وهي فيه صحيحة وصار كالخلع على الف او الفين والاعتاق بان قال اعتقتك على هذا العبد او هذا وقيل فانه يجب الاوكس فيهما وهو يفرق بان تعين الاوكس فيهما لتعين ضرورة ان لا موجب فيهما في حق البدل وانما يجب فيهما بالتسمية ان لا يلغو كلامهما بالكلية ولا ضرورة هنا لان للنكاح موجبا اصليا فاذا لم يتعين احدهما رد فيه لا يلزم الالغاء اذ يمكن تصحيحه بمهر المثل ثم بخلاف ما لو خيرنا بان قال على انها بالخيار تاخذ ايهما شاءت او على اني بالخيار اعطيك ايهما شئت فانه يصح كذلك اتفاقا لانتفاء المنازعة فيما نحن فيه فلانها لو ارادت اخذ الارفع فامتنع تحققت المنازعة اذ ليس الرجوع الى قول احدهما بالاولى من الآخر بخلاف التخيير اذ من له الخيار يستبد بالتعيين وصار كبيع احد العبدين لا يجوز ولو سمى لكل ثمنا وجعل خيار التعيين لاحدهما جاز بخلاف ما لو اقر بالالف او الالفين حيث يتعين له الالف لانه لم يوقع ذلك في انشاء معاوضة بل ذكر ان ذمته مشغولة باحد المالين والاصل براءة الذمة وهو في شك من اشتغالها بالالفين لم يجزم بهما فلا نلزمه بخلاف الالف فانه لم يشك فيها ولو تزوجها على الف حالة او مؤجلة الى سنة ومهر مثلها الف او اكثر فلها الحالة والا فالمؤجلة لانها اقل ولو على الف حالة او الفين الى سنة ومهر مثلها كالاكثر فالخيار لها وان كان كالاقل فله وان كان بينهما يجب مهر المثل وعندهما الخيار له لوجوب الاقل عليه **قوله** والواجب في الطلاق قبل الدخول الخ وعلى هذا لو كانت المتعة زائدة على نصف الاوكس تحكم صرح به في الدراية فالحكم في الطلاق قبل الدخول في التحقيق ليس الا المتعة شاهدها **قوله** واذا تزوجها على حيوان غير موصوف الخ المهر كما يكون من النقود يكون من العروض والحيوان فاذا كان عرضا او حيوانا تاما معينا كهذا العبد او الفرس او الدار فيثبت الملك بمجرد القبول فيه لها ان كان مملوكا له وكذا لو لم يكن مشارا اليه الا انه اضافه الى نفسه كعبدي والا فلها ان تاخذه بشرائه لها فان عجز عن شرائه لزمه قيمته ولو استحق نصف الدار خيرت في النصف الباقي في يدها ان شاءت ردته بالعيب الفاحش وهو التنقيص في الاملاك المجتمعة ورجعت بقيمة الدار وان شاءت امسكته ورجعت بقيمة نصفها ولو طلقها قبل الدخول كان لها النصف الذي في يدها خاصة ولو ولدت الامة عنده ثم مات الولد فليس على الزوج ضمانه ولا يكون حاله اعلى من حال ولد المغصوبة ولكن لها الامة ان دخل بها ولا خيار لها ان كان نقصان الولادة يسيرا وان كان فاحشا فلها ان شاءت اخذت الجارية ولا يضمن الزوج شيئا وان شاءت اخذت قيمتها يوم تزوجها عليها لان نقصان الولادة كالعيب السماوي وقد كان الولد جابرا لذلك النقصان فاما اذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام ما يجبره وقد بينا ثبوت الخيار لها في العيب السماوي بهذه الصفة ولو كان الزوج قتله ضمن قيمته لانه اتلف امانة في يده فان كان في قيمته وفاء بنقصان الولادة لم يضمن نقصانها وان لم يكن اجاب في كافي الحاكم بان عليه تمام ذلك قال شمس الائمة وهو غلط فقد بين في الابتداء ان الزوج لا يضمن نقصان الولادة عند موت الولد فكذا لا يضمن ما زاد على قيمته من قدر النقصان ولكن ان كان يسيرا فلا خيار لها وان كان فاحشا فلها الخيار كما قلنا ولا اشكال في الثوب المعين في ثبوت الصحة غير انه اذا زاد فقال هذا الثوب الهروي ولم يكن هرويا فليس لها غيره وعلى قول ابي يوسف لها قيمة ثوب هروي بناء على اصل

ثم شرطنا أن يكون المسمى ما لا وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند إعلام الجنس لأنه يشتمل على الجيد والردي والوسط ذو حظ
منهما بخلاف جهالة الجنس لأنه لا وسط لاختلاف معاني الأجناس بخلاف البيع لأن مبناه على المضايقة والمماكسة أما النكاح فمبناه
على المسامحة وإنما يتخير لأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة فصارت أصلاً في حق الإيفاء والعبد أصل تسمية فيتخير بينهما وإن تزوجها على ثوب
غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه أنه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه أن هذه جهالة الجنس لأن الثياب أجناس ولو سمى جنساً بأن قال
هروي تصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا إذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لأنها ليست من ذوات الأمثال وكذا إذا سمى
مكيلاً أو موزوناً وسمى جنسه دون صفته وإن سمى جنسه وصفته لا يخير لأن الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً

ثم لها الخيار بين أن تأخذها وتطلب قيمة الهروي الوسط لأنها وجدته على خلاف شرطه ولكنا نقول المشار إليه من جنس المسمى فيتعلق العقد
بالمشار إليه وسنقرره إن شاء الله تعالى (أي إذا تزوجها على حيوان) غير معين فالشرط أن يكون مكيلاً أو موزوناً أو غيرهما ففي غيرهما إن لم يبين الجنس بأن قال حيوان
ثوب دار لم تصح ويجب مهر المثل بالاتفاق لأن بجهالة الجنس لا يعرف الوسط لأنه إنما يتحقق في الأفراد المماثلة وذلك باتحاد النوع فجهالة الحيوان
الذي تحته الفرس والحمار وغيرهما والثوب الذي تحته القطن والكتان والحرير واختلاف الصنعة أيضاً والدار الذي تحتها ما تختلف اختلافاً فاحشاً
بالبلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فتكون هذه الجهالة أفحش من جهالة مهر المثل فمهر المثل أولى وإن عينه بأن قال عبد أو
فرس أو حمار أو بيت صحت التسمية وإن لم يصفه وينصرف إلى بيت وسط مما يكن كذا قالوا وهذا في عرفهم أما البيت في عرفنا فليس خاصاً بما يبات فيه
بل يقال لمجموع المنزل والدار فينبغي أن يجب بتسميته مهر المثل كالدار ويجبر على قبول قيمته لو أتاها بها وبقولنا قال مالك وأحمد خلافاً للشافعي له أن
عقد النكاح معاوضة فلا تصح التسمية مع جهالة العوض كالبيع ولنا أنه معاوضة مال بما ليس بمال والحيوان يثبت في ذلك في الذمة أصلاً بإيجاب
الشرع مائة من الإبل في الدية وفي الجنين غرة عبد أو أمة في الذمة وليس لها معلوم إلا الوسط من الأسنان فحاصله سبب هذا الشرع عدم جريان المشاحة
في ذلك حيث لم يقابل بمال فلا يفضي جهالة الوصف فيه إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم ألا يرى أن الشرع أوجب مهر المثل مع جهالة وصفه
وقدره في بعض الصور بأن لم يكن من أقاربها من تزوج وعلم لها مهر فإنه يحتاج إلى التقويم والتخمين بل جهالة مهر المثل فوق جهالة العبد لأن جهالة
في الصفة وجهالة مهر المثل جهالة جنس فتصح التسمية أولى **قوله** وشرطنا أن يكون الخ جواب سؤال تقديره لما شابه النكاح الإقرار في كونه
التزام مال ابتداء ينبغي أن تصح تسمية حيوان كما يصح الإقرار بشيء ويلزمه البيان من غير توقف على كون المقر به إلا الوسط وظرفان فقال شرطنا ذلك
رعاية لجانبي المرأة والزوج من جهة كونه معاوضة توجب اشتراط نفي الجهالة أصلاً لكن لما لم يكن المال من الجانبين تحملت فيه الجهالة اليسيرة مع أنه المورد
الشرعي أعني إيجاب الشرع الوسط في حيوان الزكاة رعاية لجانبي الفقراء وأرباب الأموال وكذا ما ذكرناه من الدية والغرة ولا يتعدى بالحكم الأصل لو
قلنا جعلناه التزام المال ابتداء وألحقناه بالإلحاق بالدية والغرة ومهر المثل يستغني عن هذا السؤال وجوابه **قوله** وإنما يتخير الزوج جواب عن
مقدر هو أن ما ذكرتم يقتضي وجوب الوسط والحكم عندكم وجوب أحد الأمرين منه ومن قيمته حتى تجبر على قبولها إذا أتاها فأجاب لما كان الوسط لا يعرف إلا بتقويمه صارت
القيمة أصلاً مزاحماً للمسمى كأنها هو فهي أصل من وجه فتجبر على قبولها إن أتاها به وبهذا التقرير يندفع ما قد يقال إذا كان الحكم ذلك فصار كأنه تزوجها
على عبد أو قيمته وفيه يجب مهر المثل لأن هذا التقرير إنما أفاد أن الأصل العبد عيناً ثم القيمة مخلص ألا ترى إلى التشبيه في قولنا كأنها هو وفي المبسوط
بعد أن قال لكون المهر عوضاً صار أصلاً عيناً صفة الوسطية ليعتدل النظر من الجانبين ولكونه مالاً يلتزم ابتداء لا يمنع جهالة الصفة صحة الالتزام قال ولهذا
إذا أتاها بالقيمة أجبرت على القبول لأن صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين هذا وتعتبر القيمة بقدر الغلاء والرخص وتختلف
بحسب الأوقات وهو الصحيح وإنما قدر أبو حنيفة في السود بأربعين ديناراً وفي العبيد البيض بخمسين لما كان في زمانه **قوله** وإن تزوجها على ثوب
تقدم الكلام فيه **قوله** وكذا إذا بالغ في وصف الثوب بأن ذكر بعد نوعه طوله وعرضه ورقعته وعلى منوال كذا لا يختلف الجواب من أنها تجبر
على أخذ القيمة كما على أخذ الثوب وجعله ظاهر الرواية احترازاً عما عن أبي حنيفة رحمه الله يجبر الزوج على عين الوسط وهو قول زفر [illegible]
أنه إن ذكر الأجل مع ذلك تعين الثوب لأن الموصوف مؤجلاً يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً في السلم وإن لم يؤجله تخير الزوج وعبارته في

فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لانه شرط قبول الخمر شرطاً فاسداً فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها مثل وزنه خلا

فان عين صفة الثوب فعلى قول زفر لا تجبر على القيمة اذا اتاها بها وعلى قول ابي يوسف ان ذكر الاجل الى آخر ما ذكرناه ثم قال وزفر يقول الثوب يثبت في الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا لانه بالمبالغة في ذكر صفته يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز السلم فيه واشتراط الاجل هناك من حكم السلم لا من حكم ثبوت الثياب دينا في الذمة فاستوى ذكر الاجل وعدمه واجاب بان قال لكنا نقول لو باع عبدا بثياب موصوفة في الذمة لا يجوز الا مؤجلا وان لم يكن العقد سلما فعرفنا ان الثياب لا تثبت دينا ثبوتا صحيحا الا مؤجلا انتهى ملخصا وهو ترجيح قول ابي يوسف رحمه الله وقد يقال بل حاصل الصورة سلم والعبد رأس مال والثياب المؤجلة المسلم فيه ولا يخفى ترجيح قول زفر اذ لم يندفع قوله ان اشتراط الاجل ليس من حكم ثبوته في الذمة بل هو اما المكيل والموزون فان سمى جنسه كعلى اردب قمح او شعير دون صفته فكغيره من ثبوته واجبارها على قبول القيمة وان وصفه بجيدة خالية من الشعير صعيدية او بحرية لا يخير الزوج بل يتعين المسمى لان الموصوف منها يثبت في الذمة صحيحا حالا كالقرض ومؤجلا كما في السلم وعن ابي حنيفة رحمه الله لا تجبر على القيمة فيما اذا لم يسم الصفة ايضا لان صحة التسمية انما يوجب الوسط مخيرا بينه وبين القيمة كما في الفرس والعبد لا تعين الوسط

قوله فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها وبه قال الثلاثة وفي رواية عن كل منهم يفسد النكاح لامتناع العوض اذ المسمى يمنع عوضا آخر وهو ممتنع التسليم في حق المسلم قلنا امتناع التسليم لا يزيد على فساد التسمية وفسادها لا يزيد على اعتبارها عدما مع شرط قبوله والنكاح لا يفسد بعدم التسمية ولا بالشرط الفاسد بخلاف البيع يفسد بالاول لانه ركنه وبالثاني لان الشرط الفاسد يصير ربا لان الشرط زيادة خالية عن العوض في احد الجانبين ولا ربا في النكاح **قوله** فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر او على هذا العبد فاذا هو حر فعند ابي حنيفة لها مهر مثلها فيهما وقال ابو يوسف رحمه الله لها مثل وزن الخمر خلا وقيمة الحر المشار اليه لو كان عبدا وقال محمد يقول ابي حنيفة في الحر ويقول ابي يوسف في الخمر وذكر الحاكم ان قول ابي يوسف الاول كقولهما وظاهر كلام الهداية في التعليلات يقتضي افتراقهم في مباني الخلاف لانه خص ابا يوسف بما حاصله لها مال وتعذر تسليمه فتجب قيمته في القيمي والمثل في المثلي والعبد قيمي والخمر مثلي ثم قال ابو حنيفة رحمه الله يقول لما اجتمعت الخ والتحقيق انه لا خلاف بينهم ففي الايضاح لا خلاف بينهم ان المعتبر المشار اليه ان كان المسمى من جنسه وان كان من خلاف جنسه فالمسمى وفي اشارات الاسرار قال هذا الخلاف ينشأ من اصل مجمع عليه يعني ما ذكرناه وما ذكر ولان هذا الاصل متفق عليه في البيوع والاجارات وسائر العقود وتفصيله من الكافي قال هذه المسائل مبنية على اصل وهو ان الاشارة والتسمية اذا اجتمعا والمشار اليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية لانها تعرف الماهية والاشارة تعرف الصورة فكان اعتبار التسمية اولى لان المعاني احق بالاعتبار وان كان المشار اليه من جنس المسمى الا انهما اختلفا وصفا فالعبرة للاشارة لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه اي يتبع الذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد لاختلاف الجنس ولو اشترى على انه احمر فاذا هو اخضر ينعقد لاتحاده والشأن في التخريج على هذا الاصل فابو يوسف يقول الحر مع العبد والخل مع الخمر جنسان مختلفان في حق الصداق لان احدهما مال متقوم يصلح صداقا والآخر لا فالحكم بالمسمى كان الاشارة تبين صفته كانه قال عبد كهذا الحر وخل كهذا الخمر ومحمد يقول العبد مع الحر جنس واحد في الذات لا يفترق فيهما فان منفعتهما تحصل على نمط واحد فاذا لم يتبدل معنى الذات يعتبر جنسا واحدا فالعبرة للاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا فيوجب مهر المثل فاما الخل مع الخمر فجنسان اذ المطلوب من الخمر غير المطلوب من الخل فالحكم فيه كما قال ابو يوسف وابو حنيفة يقول لا آخذ الذات ان حكم الجنسين لا يتبدل الصورة والمعنى لان كل موجود من الحوادث موجود بهما وصورة الخل والخمر والعبد والحر واحدة فاتحد

ولو تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تجب القيمة لابي يوسف انه اطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة يقول اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف فكانه تزوج على خمر او حر ومحمد يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل المشار اليه وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع والخل مع الخمر جنسان لفحش التفاوت في المقاصد فان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة رح لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته وقال محمد رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح لها العبد الباقي الى تمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد الى تمام مهر المثل

الجنس فالعبرة للاشارة فيهما والمشار اليه غير صالح فوجب مهر المثل انتهى وغاية الامر ان يكون سمى الخمر خلا والحر عبدا او تجوز او ذلك لا يمنع تعلق الحكم بالمراد كما لو قال لامرأته هذه الكلبة طالق ولعبده هذا الحمار حر تطلق ويعتق فظهر ان الاختلاف بينهم في الاصل بل في اختلاف الجنس واتحاده ولزم ان ما ذكر في بعض شروح الفقه من ان الجنس عند الفقهاء المقول على كثيرين مختلفين بالاحكام انما هو على قول ابي يوسف وعند محمد المختلفين بالمقاصد وعلى قول ابي حنيفة هو المقول على متحدي الصورة والمعنى ثم الحق ان اللائق كون الجواب على قول ابي يوسف وجوب القيمة او جبر سلطان لنهاية اللغة والاعتبار المسمى يوجب كون الحاصل انه تزوجها على عبد وحكمه ما قلنا ولو تزوجها على عكس ما ذكرنا اي على هذا الدن من الخمر فاذا هو خل او هذا الحر فاذا هو عبد او هذه الميتة فاذا هي ذكية فلها المشار اليه في الاصح عند ابي حنيفة وان روي عنه مهر المثل وقد مر على اصله بالاصح عن ابي حنيفة قال ابو يوسف فاوجب الذكية وما معها واوجب محمد المذكاة ومهر المثل في الخمر فسر على اصله وابو يوسف خالف اصله واعتذر عنه بانه جمع بين الاشارة والتسمية وصحت احديهما وبطلت الاخرى فاعتبرت الصحة وصارت الاخرى كان لم تكن وكذا خالف ابو حنيفة الاصل المذكور له على تلك الرواية القائلة بوجوب مهر المثل ووجهه بانه يقول الموجب الاصلي مهر المثل وانما اعتبرنا الاشارة هناك ليجب ولو اعتبرنا ها هنا لا يجب فلا يعتبر ليجب مهر المثل لانه هو الاصل **قوله** فان تزوجها على هذين العبدين واذا احدهما حر فليس لها عند ابي حنيفة رح الا الباقي اذا ساوى عشرة فان لم يساو ا كملت العشرة لانه مسمى ووجوب المسمى المستحق باصل العقد وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لانها ما رضيت الا بهما وتعذر تسليم احدهما فتجب القيمة وقال محمد رح لها الباقي وتمام مهر مثلها ان لم يبلغ الباقي مهر المثل وهو رواية عن ابي حنيفة فعلى هذا لو بلغ الباقي مهر المثل لا يزاد عليه فمحمد يقول بقول ابي حنيفة لانهما لو كانا حرين يجب مهر المثل فاذا كان احدهما حرا ولم يبلغ الباقي مهر المثل تمم مهر المثل دفعا للضرر عنها فهنا مقامان لهما مقام اختلفا فيه وهو تعيين الواجب مع الباقي ومقام اتفقا فيه وهو عدم الاقتصار على الباقي ولهما فيه الالحاق بالمسئلة السابقة اعني ما اذا تزوجها على الف وان لا يخرجها من البلد ولم يف حيث يكمل مهر المثل لانها لم ترض بذلك القدر فقط وقد امتنع الباقي فلم يجب الاقتصار عليه والجواب الفرق بان الفائت في السابقة لم يستحق باصل العقد فوجب بان لا اثر لاستحقاق مستحق خاص باصل العقد في دفع استحقاق غيره ولزوم مهر المثل فيها ليس الا لعدم رضاها بذلك القدر بتسمية اذ لم ترض الا بالكل غير ان الفائت هناك لما لم يتقوم صير الى مهر المثل وهنا يتقوم بمعنى فيقوم هذا الحر عبدا فتجب قيمته وعلى هذا يترجح قول ابي يوسف من حيث الوجه وقد يجاب بان جبر الفائت هناك لعدم رضاها وعدم تقصيرها في تعيين ما ترضى به اما هنا فهي المقصرة في الفحص عن حال المسميين فانه مما يعلم بالفحص بخلاف السابقة لان عدم الاخراج وطلاق الضرة انما يعلم بعد ذلك فكانت هنا ملتزمة للضرر معنى هذا وقد خرجت هذه المسئلة على ما بينا من الاصل الذي ذكرناه فعند ابي حنيفة تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو واذا لغى تسمية احد العبدين صار كانه تزوج على عبد فليس لها غيره وعند ابي يوسف تسمية العبد معتبرة مع الاشارة الى الحر فاعتبر تسمية العبدين لكنه عجز عن تسليم احدهما فوجبت قيمته ومحمد يقول الامر كما قال ابو حنيفة ان تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو لكنها لم ترض في تمليك بضعها بعبد واحد فيجب التكميل الى مهر المثل لدفع الضرر والجواب لا يتم ما قلنا من التزامها ذلك حيث قصرت ان تم والا فالاوجه قول ابي يوسف وكونها مقصرة بذلك ممنوع لما فيه من التردد في ان المسمى حر او عبد وقريب من هذا لو تزوجها على هذه الثياب العشرة فاذا هي تسعة ليس لها غير التسعة وكان محمد بها كما قال ابو حنيفة ان ساوت مهر مثلها او زادت والا كمل مهر مثلها وفي الفتاوى الخاصة من خلاصة العين تزوج على هذه الاثواب العشرة فاذا هي

وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها لأن المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وإنما يجب باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطي فإن دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا أن المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية فإذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية بخلاف البيع لأنه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته

فإن كان مهر مثلها مثل أحد عشر وزيادة فلها أحد عشر عند أبي حنيفة وبه يفتى لأن المهر أحد العشرتين أجودهما أو أردؤهما فصار كما إذا تزوج على أحد هذين العبدين أما إذا أوجبت تسعة فلها التسعة لا غير عنده وبه يفتى فرق بين هذا وبين ما إذا تزوجها على هذه الأثواب العشرة الهروية فإذا هي تسعة حيث كان لها التسعة وثوب آخر في قولهم جميعا لأنه في الأولى المنطوق الثوب المطلق والثوب المطلق لا يجب مهرا ألا يرى أنه لو تزوج على ثوب مطلق يجب مهر المثل وفي الثانية المنطوق به ثوب هروي وبهذا يجب مهرا وشرح العبارة الأولى أن التزوج إنما وقع على عشرة فحين وجدت أحد عشر فلا بد أن يشتمل غالبا على عشرة هي أجود الأحد عشر وعشرة هي أردى الأحد عشر فصارت التسمية عشرة من أحد عشر إما أردؤها أو أجودها وبه تفسد التسمية عند أبي حنيفة رحمه الله فيحكم مهر المثل فإذا كان أحد عشر أو أكثر فلها الأحد عشر لرضاها بالنقصان وإن كان بين العشرة التي هي الأردى والعشرة التي هي الأجود تعين أحدهما مهر المثل كما لو كان بين أوكس العبدين وأجودهما وإن كان أقل من أردى العشرتين أو مثلها تعين العشرة الردي لما لو كان أقل من أوكس العبدين ومثله إذا قياس قولهما فصحة التسمية وتعين أردؤهما مطلقا كما عينا أوكس العبدين كذلك وشرح عبارة التسعة أنه إذا ظهرت العشرة تسعة ولم يصفها بالهروية فكأنه تزوجها على هذه التسعة وثوب آخر هو مطلق فيلغو ويجب التسعة فقط بخلاف ما إذا وصفها بالهروية لأن المعنى أنه تزوجها على هذه التسعة وثوب هروي فلا تبطل التسمية غير أن مقتضى الأصل أن يتخير فيه بين عينه وقيمته والله أعلم قوله وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد وهو كتزوج الأخت في عدة الأخت أو الخامسة في عدة الرابعة أو الأمة على الحرة إن كان قبل الدخول فلا مهر لها ولا بها ولم يخل لأن المهر لا يجب في النكاح الفاسد إلا بالدخول وإنما لم تقم الخلوة فيه مقام الدخول لأن التمكن منها فيه منتف شرعا بخلاف الصحيح فإنه يجب بالعقد ويكمل بالخلوة لو طلقها فيه قبل الدخول لأن الخلوة فيه أقيمت مقام الدخول لثبوت التمكن من الوطي شرعا وحسا فإن دخل بها بجماع في القبل فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر رحمه الله اعتبره بالبيع الفاسد حيث تجب فيه القيمة إذا امتنع الرد ونحن نقول المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية فإن زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية وأورد عليه لزوم التناقض لأنك أسقطت اعتبار التسمية إذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها إذا نقصت منه فإن كانت فاسدة يجب شمول العدم وإن كانت صحيحة فشموله الوجود وأجاب المورد بأنها صحيحة من وجه فاسدة من وجه صحيحة من حيث إن المسمى مال فاسدة من حيث إنها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها إذا زادت وصحتها إذا نقصت لانضمام رضاها والحق أن هذه التسمية ليست إلا فاسدة وقد صرح المصنف بطلانها إذ ليس معنى فساد التسمية إلا كون المسمى ليس بمال أو وقوعه في عقد فاسد كل منهما يستقل بفسادها ولفسادها وجب المصير إلى مهر المثل لأنه القيمة للبضع شرعا وتقرير الكتاب لا تجب الزيادة لعدم التسمية أي لأنها لم تسمها وكانت كالحنية بالحط مسقطة حقها في الزيادة إلى تمامه حيث لم تسم تمامه وإذا علمت فساد التسمية علمت أن المصير في العقد الفاسد إلى مهر المثل بالدخول اتفاقا بيننا وبين زفر رحمه الله غير أنه يوجبه بالغا ما بلغ ونحن لا نجاوز به المسمى لما ذكرنا فوجه الاستدلال أن يقال سلمنا أن الواجب فيه مهر المثل لكنها رضيت بإسقاط بعض حقها وترك ما تم المقدمات لأنه لا حاجة إليها بل لا تصح لأن قوله إنما يتقوم بالتسمية إن أراد في النكاح الصحيح فالحصر ممنوع بل تارة بها وتارة بمهر المثل وإن أراد في الفاسد فقد ظهر أنها لا تقع فيه حتى صار خاليا عن التسمية ووجب مهر المثل غير أنا اعتبرنا حطها فإن قيل لم اعتبر رضاها بالحط ولم يعتبر رضاه بالزيادة فلم يوجب المسمى إذا زاد على مهر المثل فالجواب أنا لو أوجبناه فإنما لأنه مسمى وقد بطل وأما لرضاه ومجرد رضاه بالتمليك لا يثبت لزوم القضاء به لأن به لا يدخل في ملك الآخر بل بالقبض بخلاف الرضا بالحط لأنه إسقاط فيتم بالواحد وعلى هذا لا تتم المعارضة لزفر رحمه الله بما في الترمذي وغيره من

وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق
لا من آخر الوطآت هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب
ولدها لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه

قوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل الحديث فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فكان وجوب مهر المثل اصلا في كل
نكاح فاسد بعد ما فيه ما قدمناه في باب الاولياء والاكفاء فرع لا يصير محصنا بهذا الدخول لا عند ابي ثور واجمعت الامة على انه لا يكون محصنا
في العقد الصحيح الا بالدخول ثم لو تكرر الجماع لم يلزمه سوى مهر واحد وهو ما ذكرنا بخلاف ما اذا تكرر وطء الابن لجارية الاب وادعى الشبهة فانه يلزمه بكل وطء
مهر الاصل ان الوطء في غير الملك ان كان لشبهة اشتباه تعدد المهر بتكرره وان كان لشبهة ملك لا يتعدد وتعدده ففي جارية الاب وجارية الزوجة اذا
وطئها الزوج الثابت في حقهما شبهة الاشتباه فيتكرر بتكرره وفي جارية الابن اذا وطئها الاب والمكاتبة اذا وطئها السيد والزوجة في النكاح
الفاسد او في النكاح الصحيح اذا ظهر بعد تعدد الوطء انه كان حلف بطلاقها الثابت في حقهم شبهة الملك وتقرر الوطء في الملك لا يتعدد به المهر فكذا
في شبهته واما اذا وطئ احد الشريكين الجارية المشتركة مرارا قال الشيخ حسام الدين لم يذكر في الكتاب وكان الشيخ برهان الدين يقول
يتعدد والمهر لانه في النصف الآخر ليس له شبهة ملك فصار بمنزلة جارية الاب في حق الابن ولو وطئها بعد التفريق في النكاح الفاسد بعد انقضاء العدة
ولو زنى بامرأة ثم تزوجها وهي تحته على الزنا ثم اتم الجماع لزمه مهران مهر المثل بالزنا لما سقط عنه الحد حين تزوجها قبل تمامه والمهر المسمى بالنكاح وان
طلقها في الحال لان هذا اكثر من الخلوة وفي الخلاصة في الجنس الخامس من فصل المهر لو وطئ المعتدة عن طلاق ثلث وادعى الشبهة يلزمه مهر واحد
ام بكل وطء مهر قيل ان كانت الطلقات الثلاث جملة فظن انها لم تقع فوطئ في موضعه فيلزمه مهر واحد وان ظن انها تقع لكن ظن انه يحل له وطؤها
حلال فهذا ظن في غير موضعه فيلزمه بكل وطء مهر وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله اشترى جارية فوطئها مرارا ثم استحقت فعليه مهر واحد فان استحق
نصفها فعليه نصف المهر وفي آخر حدود خواهر زاده الصبي اذا زنى بصبية فعليه المهر وان اقرت بذلك لا مهر عليه واذا زنى الصبي بالغة مكرهة
عليه المهر وان دعته الى نفسها لا مهر عليه ولو دعت صبية صبيا عليه المهر وكذا لو دعت امة صبيا والمراد من المهر العقر قوله وعليها العدة يعني
اذا فارقها وقد دخل بها لا بمجرد الخلوة لانها لا تقام مقام الوطء في النكاح الفاسد وينبغي ان لا يجب عليها الاحداد في الاصل فيما اذا دخل الرجل
على غير امرأته فدخل بها قال عليه مهرها لانه دخل بها بشبهة النكاح لان خبر الواحد حجة في المعاملات فتصير شبهة تسقط الحد ويجب المهر قال وعليها
العدة ويثبت نسب ولدها منه ولا تتقي في عدتها ما تتقي المعتدة بنحوه قضى علي رضي الله عنه ولان الحداد لاظهار التأسف على فوات نعمة النكاح وليس
ذلك في الوطء بشبهة ولا نفقة في هذه العدة لان وجوبها باعتبار الملك الثابت بالنكاح وهو منتف هنا ولانها النفقة التي كانت واجبة باصل النكاح تبقى
في العدة ولم يكن عليه نفقة مستحقة هنا لتبقى ولا يرجع بالمهر على الذي ادخلها عليه لانه هو المستوفي للبدل ولو كانت هذه اخت امرأته حرمت عليه امرأته
الى انقضاء عدتها قوله ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطآت هو الصحيح احتراز عن قول زفر ره لانها انما تجب باعتبار شبهة النكاح ورفع
هذه الشبهة بالتفريق او بالافتراق بالمتاركة او لا يتحقق الطلاق في النكاح الفاسد فلا يقع الا باقوالنا ولا يتحقق المتاركة الا بالقول بان
يقول تاركتك او خليت سبيلك او خليتها او تركتها اما لو تركها ومضى على ذلك سنون لم يكن لها ان تتزوج بآخر قال الشيخ الامام فخر الدين
قاضيخان هذا في المدخول بها اما غير المدخول بها فيتفرق الابدان بان لا يعود اليها ولكل منهما فسخ الفاسد بغير حضور الآخر وقيل بعد الدخول ليس له ذلك
الا بحضور الآخر وعلم غير المتارك ليس بشرط لصحة المتاركة على الاصح وانكار النكاح ان كان بحضرتها فهو متاركة والا فلا وروي ذلك عن ابي يوسف ثم فائدة
الخلاف قول زفر حتى لو حاضت ثلث حيض من آخر الوطآت قبل التفريق انقضت العدة وعندنا ما لم تحض بعد التفريق او المتاركة لم تنقض ويجب

فتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتباره **قال**
ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات اعمامها لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها لا وكس فيه ولا شطط وهن
اقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من
قبيلتها لما بيناه فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ان
تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه
الاوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه
يختلف بالبكارة والثيوبة وان ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح

ان يكون هذا كله في القضاء اما فيما بينها وبين الله تعالى فاذا علمت انها حاضت بعد آخر طهر طلقها فينبغي ان يحل لها التزوج فيما بينها وبين الله تعالى على قياس
ما قدمناه من نقل العتابي ح في الفتاوى لا تجب عدة الوفاة من النكاح الفاسد **قوله** وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان
النكاح الفاسد ليس بداع الى الوطء والاقامة اي اقامة العقد مقام الوطء باعتباره وهذا جواب عن قياسه على الصحيح وذكر في الاصل تزوجت الامة بغير
اذن مولاها ودخل بها وجاءت بولد لستة اشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج فاعتبره من وقت النكاح ولم يحك خلافا قال شيخ الاسلام
تأويل هذا ان الدخول كان عقيب النكاح بلا مهلة قال في الغاية فاعتبر العدة من وقت التفريق فكان الاحوط في النسب من وقت التفريق ايضا لا من
وقت النكاح لان العدة للنسب قال شارح الكنز وهذا وهم لانهم انما اعتبروها من وقت النكاح ليثبت نسبه بمجرد العقد اقامة للتمكن من الوطء بالشبهة مقام الوطء
حتى لو جاءت بولد لستة اشهر من وقت العقد واقل منها من وقت الوطء ثبت نسبه كما في الصحيح ولا ينافي ذلك اعتبارها من وقت التفريق الا ترى انها لو جاءت بولد
لاكثر من سنتين من وقت النكاح ولم يفارقها وهي معه ثبت نسبه ولو كان الاعتبار لوقت التفريق لا يثبت لانها كالولادة ما بعد عشر سنين لا يمكن الاعتبار لوقت التفريق الا عند من لو دخل بها
ثم جاءت بولد ثبت نسبه ويجب المهر والعدة وفي رواية عن ابي يوسف رحمه الله لا يثبت ولا يجب المهر ولا العدة وهو قول زفر رحمه الله وان لم يدخل بها لا يلزمه الولد حتى يولد لاقل من ستة اشهر
من وقت التفريق اذا وقعت فرقته وما لم يقع فمن وقت النكاح او الدخول على الخلاف **قوله** لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها قاله في المفوضة
وقد قدمنا تخريجه وقوله وهي اقارب الاب ليس من كلامه بل تفسير نسائها من المصنف بناء على ان الظاهر من اضافة النساء اليها باعتبار قرابة الاب لان الانسان
من جنس ابيه ولذا صحت خلافة ابن الامة اذا كان ابوه قرشيا على هذا كان الاولى اسقاط الواو في قوله ولان الانسان من جنس قوم ابيه ليكون
وجه كون الاضافة المذكورة تعين كونهن اقارب الاب ظاهرا وهذا لان جعله وجها مستقلا يصح الا انه لا يكون الدليل الاول مستلزما للمطلوب لان
مجرد اضافة النساء اليها لا يستلزم كون النساء المضافة اقارب الاب بل كما يصح ان يقال لعماتها واخواتها نساؤها يصح ان يقال لخالاتها ايضا
واخواتها الام فاذا تمام الترجيح بهذه المقدمة المذكورة **قوله** يعتبر في مهر المثل ان تتساويا في الجمال يعني بعد تحقق القرابة المذكورة لا يثبت
صحة الاعتبار بالمهر حتى تتساويا حسنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا وعقلا ودينا وبكارة وادبا وكمال خلق وعدم ولد في الحال ايضا فلو كانت
من قوم ابيها لكن اختلف مكانهما او زمانهما لا يعتبر بمهرها لان البلدين يختلف عادة اهلهما في المهر في غلائه ورخصه فلو زوجت في غير البلد الذي
زوج فيه اقاربها لا يعتبر بمهورهن وقيل لا يعتبر الجمال في بنت الحسب والشرف بل في اوساط الناس وهذا جيد وقالوا يعتبر حال
الزوج ايضا اي بان يكون زوج هذه كازواج امثالها من نسائها في المال والحسب وعدمهما فان لم يكن واحدة من قوم الاب بهذه الصفات
فاجنبية موصوفة بذلك وفي الخلاصة ينظر في قبيلة اخرى مثلها اي مثل قبيلة ابيها وعن ابي حنيفة رحمه الله لا يعتبر بالاجنبيات ويجب حمله على ما اذا كان لها
اقارب والا امتنع القضاء بمهر المثل وفي المنتقى يشترط ان يكون المخبر بمهر المثل رجلين او رجلا وامرأتين ويشترط لفظة الشهادة فان لم يوجد على
ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه وفي شرح الطحاوي مهر مثل الامة على قدر الرغبة **قوله** واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه يقيد بكون الضمان
في الصحة اما في مرض الموت فلا لانه تبرع لوارثه في مرض موته ويشمل ولي الصغير زوجه وضمن عنه وولي الصغيرة زوجها وضمن لها وقوله
ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها او وليها هو على التقدير الثاني وقوله ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان باذنه مقيد بان الزوج
اجنبي او في حكمه كولده الكبير وهذا لانه لا يرجع اذا ادى عن ابنه الصغير قياسا اذا زوجه وضمن عنه للعرف بتحمل مهور الصغار اللهم الا ان يشهد

ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها أو وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي إذا أدى على الزوج إن كان بأمره كما هو الرسم في الكفالة وكذلك يصح هذا الضمان وإن كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما إذا باع الأب مال الصغير وضمن الثمن لأن الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق إليه ويصح إبراؤه عند أبي حنيفة ومحمد ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد ألا ترى أنه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه **قال** وللمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه أن يخرجها أي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر كله أي المعجل لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق

أنه يدفع ليرجع في أصل الضمان **قوله** ثم المرأة بالخيار في مطالبتها يعني إذا بلغت زوجها أو وليها إن كان بالغا وإن لم يكن بالغا فإنما لها مطالبة أبيه ضمن أو لم يضمن كما في شرح الطحاوي والتتمة وذكرنا أنه إذا أدى لا يرجع ما لم يشهد على اشتراط الرجوع في أصل الضمان ولا يخفى أن هذا مقيد بما إذا لم يكن للصغير مال هذا والمذكور في المنظومة في باب جواب مالك من أنه يضمن الأب مهر ابنه الصغير بلا ضمان ونحن نخالفه بخلاف إطلاق شرح الطحاوي وذكر في المصفى جوابه فقال قلنا النكاح لا ينفك عن لزوم المال فما ينفك عن إيفاء المهر في الحال فلم يكن من ضرورة الإقدام على تزويجه ضمان المهر عنه فهذا هو المعول عليه وأن ضمن الوصي يرجع مطلقا فلو لم يؤد الأب في صورة الضمان حتى مات فهي بالخيار بين أخذه من تركته وبين مطالبة زوجها فإن اختارت تركته فأخذت أخذ باقي الورثة الرجوع في نصيب الصغير وقال زفر ليس لهم الرجوع لأن هذه الكفالة لم تنعقد موجبة للضمان على الصغير لوقوعها بلا أمر من المكفول عنه إذ لا يعتبر إذنه ولو أذن وعن أبي يوسف رحمه الله كقوله فيما ذكره الولوالجي قلنا بل صدرت بأمر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الأب عليه فإذن الأب إذن منه معتبر وإقدامه على الكفالة دلالة ذلك من جهته بخلاف ما إذا أدى عنه في حياته لأن تبرع الآباء بالمهور معتاد وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع فيرجعون كما يرجعون لو أدى في مرض موته والمجنون كالصبي في جميع ذلك لأنه مولى عليه سواء كان المجنون أصليا أو طارئا وإنما يصح ضمان وليها إذا كان أبا أو جدا مع أنه المستحق لقبض صداقها والمطالبة به لأن الولي في النكاح وإن باشره سفير كالوكيل بخلاف ما لو باع مال الصغير لا يصح ضمانه الثمن لأنه مباشر فترجع الحقوق إليه حتى يطالب بالثمن ويخاصم في الرد بالعيب ويتسلم المبيع ويصح تأجيله وإبراؤه من الثمن عند أبي حنيفة ومحمد ويضمن مثله في ماله فلو صح ضمانه كان ضامنا لنفسه مقتضيا مقتضا فإن قيل الأصل عدم رجوعها إليه في النكاح ألا يرى أن له المطالبة بمهرها أجاب المصنف بقوله وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد لأنه معتاد ولهذا لا يملك قبضه بعد بلوغها وتمييزه صريحا إلا إذا لم تنهه فله المطالبة بخلاف البيع فإن له القبض بعد بلوغه دون الصبي ثم لا يشترط إحضار الزوجة لقبض الأب مهرها عندنا خلافا لزفر وأبي يوسف في قوله الآخر وفي المرغيناني لا يشترط ولم يذكر خلافا وقد بينا في قبض مهر البكر البالغة فروعا استوفيناها في باب الأولياء والأكفاء فارجع إليها ومما لم نذكره هناك لو قبض الأب المهر ثم ادعى الرد على الزوج إن كانت بكرا لم يصدق لأن له حق القبض وليس له حق الرد وإن كانت ثيبا صدق لأن حق القبض ليس له فإذا قبض بأمر الزوج كانت أمانة عنده من الزوج فيقبل دعواه الرد كالمودع إذا قال رددت الوديعة **قوله**

وللمرأة أن تمنع نفسها من الدخول بها ومن أن يسافر بها حتى يوفيها معجل مهرها ليتعين حقها في البدل كما تعين حقه في المبدل يعني لا يتعين حقها إلا بالتسليم وهذا التعليل لا يصح إلا في الصداق الذي هو دين أما العين كما لو تزوجها على عبد بعينه فلا لأنها بالعقد ملكته وتعين حقها فيه حتى ملكت عتقه وقوله أي المعجل منه يتناول المعجل عرفا أو شرطا فإن كان قد شرط تعجيله كله فلها الامتناع حتى تستوفيه كله أو بعضه فبعضه فإن لم يشترط تعجيل شيء بل سكتوا عن تعجيله وتأجيله فإن كان عرف في تعجيل بعضه وتأخير باقيه إلى الموت أو الميسرة أو الطلاق فليس لها أن تحتبس إلا إلى تسليم ذلك القدر قال في فتاوى قاضيخان فإن لم يبينوا قدر المعجل ينظر إلى المرأة وإلى المهر أنه كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر فيعجل ذلك ولا يتقدر بالربع والخمس بل يعتبر المتعارف فإن الثابت عرفا كالثابت شرطا بخلاف ما إذا شرط تعجيل الكل فلا عبرة بالعرف إذا كان الصريح بخلافه ومثل هذا في غير نسخة من كتب الفقه فما وقع في غاية البيان من إطلاق قوله فإن كان يعني المهر شرط التعجيل أو سكتوا عنه يجب حالا وللمرأة أن تمنع نفسها حتى يعطيها المهر ليس بواقع بل المعتبر في المسكوت العرف هذا وللأب أن يسافر بالبكر قبل إيفائه في الفتاوى رجل زوج بنته البكر البالغة

وليس [illegible] ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتاجيل كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف رح وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة او كانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها ويبتني على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتاكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا يخلى عن العوض ابانة لخطره والتاكيد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية فدفع كله بها ثم اذا جنى جناية اخرى واخرى يدفع اليهم جميعا واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة **قال** ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف القول قوله بعد الطلاق وقبله الا ان ياتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لابي يوسف ان المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان ياتي بشيء يكذبه فيه الظاهر وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي في باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم فيه قيمة الصبغ

ثم اراد ان يحول الى بلد آخر بعياله فله ان يحملها معه وان كره الزوج فان اعطاها المهر كان له ان يحبسها **قوله** وليس له حق الاستيفاء كل من الزوج والمرأة له حق الاستيفاء وعليه الايفاء فكما له استيفاء منافع البضع وعليه ايفاء المهر كذلك لها استيفاء المهر وعليها ايفاء منافع بضعها فح فقد يقلب هذا الدليل فيقال ليس لها حق استيفاء المهر قبل ايفاء منافع البضع والجواب ان هذا وقع في تعليل حبسه اياها لان ثبوت الاستيفاء معلق لكل منهما لو طولب بايفاء ما عليه كان له الامتناع الى استيفاء ماله ويستلزم تمانع الحقوق وفوات المقصود فشلا لو طالبها بايفاء الدخول فقالت حتى استوفي المهر وكان له ان يقول لا اوفيه حتى استمتع في منافع البضع وهي تقول مثله لزم ما ذكرنا والصواب ان هذا التعليل بعد الالحاق بالبيع وان البضع كالمبيع والمهر كالثمن كأنك علمت ان في بيع المقايضة لكل منهما الامتناع فيقال لهما سلما معا وشلا الاتباق في النكاح اذا كان المهر عينا معينا حتى في شبهة الخلوة لا طلاق الجواب بان لها الامتناع الى ان تقبض هذا ولو كانت الزوجة صغيرة فللولي منعها عن الزوج الى ان يعطى المهر ولو زوجها غير الاب والجد كالعم وهي صغيرة ليس له ان يسلمها الى الزوج قبل قبض الصداق ويقبضه من له ولاية القبض فان سلمها فالتسليم فاسد وترد الى بيتها لانه ليس للعم ولاية ابطال حقها كذا في التجنيس في رمز واقعات الناطفي ولو ذهبت الصغيرة الى بيته بنفسها كان لمن كان احق بامساكها قبل التزوج ان يمنعها حتى يعطيها ويقبضه من له ولاية القبض لان هذا الحق ثابت للصغيرة وليست هي من اهل الرضا **فرع** اذا كان يسكن في بيت الغصب لها ان تمتنع من الذهاب اليه فيه ولا تسقط به نفقتها **قوله** ولو كان كله مؤجلا مدة معلومة او قليلة الجهالة كالحصاد ونحوه بخلاف ذلك في البيع وبخلاف المتفاحشة كالى الميسرة وهبوب الريح حيث يكون المهر حالا ليس لها ان تمنع نفسها قبل الحلول ولا بعده لان هذا العقد ما اوجب لها حق الحبس فلا يثبت بعده وكذا لو اجلته بعد العقد مدة معلومة لاسقاطها حقها بالتاجيل كما في البيع اذا اجل الثمن ليس له منع المبيع الى غاية القبض وفيه خلاف ابي يوسف فيما رواه المعلى عنه لان موجب النكاح تسليم المهر اولا فلما رضي بتاجيله كان راضيا بتاخير حقه بخلافه موجب العقد بخلاف البيع فان تسليم الثمن اولا ليس من موجباته كما في المقايضة واختار الولوالجي الفتوى به وهذا اذا لم يشترط الدخول في العقد قبل الحلول فان شرطه فليس لها الامتناع بالاتفاق **قوله** وان دخل بها قبل الايفاء راضية وهي ممن يعتبر رضاها فكذلك عند ابي حنيفة اي ليس لها حبس نفسها حتى تستوفي المهر خلافا لهما واجمعوا انه لو دخل بها كارهة او صغيرة او مجنونة فبلغت وصحت وزال الاكراه يكون لها حبس نفسها بعده وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها لا يسقط حقها في حبس نفسها عنده خلافا لهما وعلى هذا النفقة **قوله** واذا اوفاها مهرها او كان مؤجلا نقلها حيث شاء من بلاد الله وكذا اذا وطئها برضاها عندهما وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى واختاره الفقيه ابو الليث وقال ظهير الدين المرغيناني الاخذ بكتاب الله اولى من الاخذ بقول الفقيه يعني قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وافتى كثير من المشايخ بقول الفقيه لان النص مقيد بعدم المضارة لقوله تعالى ولا تضاروهن بعد اسكنوهن والنقل الى غير بلدها مضارة فيكون قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم مما لا مضارة فيه وهو ما يكون من جوانب مصرها واطرافه والقرى القريبة التي لا تبلغ مدة سفر فيجوز نقلها من المصر الى القرية ومن القرية الى المصر وقال بعض المشايخ اذا اوفاها المعجل والمؤجل وكان رجلا مأمونا فله نقلها **قوله** ومن تزوج امرأة ثم اختلفا الاختلاف في المهر اما في قدره او في اصله وكل منهما اما في حال الحيوة او بعد موتها او موت احدهما وكل منها اما بعد الدخول او قبله فان اختلفا في حال الحيوة في قدره بعد الدخول قبل الطلاق او بعده حكم مهر المثل فمن كان معه حجته كان القول له مع يمينه وان لم يكن من جهته احد بل كان بين الدعويين تحالفا ويعطى مهر المثل هذا قول ابي حنيفة ومحمد رح على تخريج الرازي على تخريج الكرخي

سو ذكرهما ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع
الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو وجه التوفيق
انه وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع
الكبير في المائة والعشرة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل

في الفصول كلها او يحكم مهر المثل قال ابو يوسف القول للزوج مع يمينه في الكل الا ان ياتي بشيء قليل وفسر المستنكر جماعة بان يذكر ما لا يتعارف مهرا
اليه وهو الصحيح احتراز عن قول من قال ان يذكر ما لا يصلح مهرا شرعيا اعني ان يذكر ما دون العشرة لانه ذكر هذا اللفظ في البيع فيما اذا اختلفا
في الثمن بعد الهلاك فالقول للمشتري الا ان ياتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعي وقد يقال ذلك لتعين كون الاستنكار بذلك الطريق لعدم
تصور المستنكر بطريق آخر اما ههنا فكما يتصور المستنكر عرفا يتصور شرعا ويجاب بان المستنكر شرعا داخل في المستنكر عرفا فانما يستنكر شرعا
يستنكر عرفا ولا ينعكس فحيث اعتبرناه عرفا فقد اعتبرناه شرعا وزيادة فيصار الحاصل من قولنا الا ان ياتي بالمستنكر مطلقا الا يكون القول قوله فيه سواء
كان عرفا او شرعا ولانه لو كان شرعا لم يتحقق لانه اذا ادعى خمسة كملت عشرة ولنا كلام لان العشرة في كونه مهرا شرعا لا تتجزى والتسمية لبعض
ما لا يتجزى شرعا كتسمية كله فلا يتصور ان ياتي بالمستنكر وليس هذا بشيء لان عدم تصحيح الخمسة مثلا وجعل القول قوله وتكميلها عشرة هو لاتيانه
بالمستنكر فقد تصور ورجح الوبري تفسير هؤلاء البعض بانه ذكر في الرجوع عن الشهادة لو ادعى انه تزوجها على الف وهي تدعى الفا وهو مهر مثلها
الف واقام البينة ثم رجع الشهود لا يضمنون عند ابي يوسف رح لانه لولا الشهادة لكان القول له ولو لم تجعل المائة مستنكرا في حقها يعني
مع ان التسمية العشرة مستنكر فيمن قيمتها عشرة آلاف وان اختلفا بعد الطلاق قبل الدخول حكم متعة مثلها على التفصيل المذكور في
تحكيم مهر المثل على رواية الجامع الكبير ووجب نصف ما ادعاه الرجل بعد يمينه عليه كما في الاصل والجامع الصغير وقال ابو يوسف رح
القول للزوج الا ان ياتي على مر والخلاف بينهم في ان القول قول من يشهد له الظاهر على ما عرف في غير موضع وكما يفيده قول المص في تعليل
قول ابي يوسف الا ان ياتي بشيء يكذبه الظاهر فنفى كون القول له لانتفاء الظاهر معه وانما اختلفوا في الظاهر ههنا فعندهما الظاهر مع من
يشهد له مهر المثل لان الغالب في المسمى في الانكحة الا ان يكون اقل منه وبهذا الوجه من قول المص لانه الموجب الاصلي لان كونه يفيد الظهور
لمن هو من جهته ليس بذلك الا اعتبار بل بما ذكرنا وقال ابو يوسف الظاهر مع من يشهد له الاصل ببراءة الذمة وانما اعتبر الشاهد ههنا مهر المثل لانه القيمة

وتشهد لقولهما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايهما اقام البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا وخمس مائة تحالفا واذا حلفا يجب الف وخمس مائة هذا تخريج الرازي رح وقال الكرخي رح يتحالفان في الفصول الثلثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حيوتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما

بمقدار ما اتفقا عليه وهو نصف ما اقر به الزوج ويحلف على نفي دعواها الزائد وعلى هذا فلا يتم ذلك التوفيق بل يتحقق الخلاف ولذا قيل في المسئلة روايتان لكن ما ذكر في جواب قول ابي يوسف رح اتفاقية **قوله** وتشهد لقولهما اذا ادعى الفا وهي الفين فمهر مثلها الف او اقل فالقول له مع يمينه بالله ما تزوجها على الفين فان حلف لزمها ما اقر به تسمية اي لا يتخير فيها بين ان يعطيها دراهم او قيمتها ذهبا وان نكل لزمه الفان مسمى لان النكول اقرار او بذل على الخلاف وكلاهما تقتضيه تسمية وان كان مهر مثلها الفين او اكثر فالقول لها مع يمينها بالله ما تزوجته على الف وان نكلت فلها ما اقر به تسمية لاقرارها به وان حلفت فلها ما ادعت قدر ما اقر به تسمية لاتفاقهما عليه والزائد بحكم مهر المثل يتخير فيه الزوج بين الدراهم والذهب لان يمينها لدفع الحط الذي يدعيه هو ثم وجوب الزائد بحكم انه مهر المثل وايهما اقام البينة قبلت في الوجهين فيما يدعيه من تسمية فان اقاماها فبينتها اولى في الوجه الاول لاثباتها الزيادة وبينته في الثاني لاثباتها الحط وان نص محمد رح في هذا ان بينتها اولى لاثباتها الزيادة كالفصل الاول كذا في جامع قاضيخان وجه الاول ان الزيادة ثابتة بحكم مهر المثل وانما اثبت بينتها تعيينها دراهم وذلك وصف في الثابت وبينته مثبتة بخلاف الظاهر وهو الحط فهو المثبتة للزيادة بطريق الاصالة فكانت اكثر اثباتا من المثبتة للوصف وان كان مهر مثلها بين الدعويين الفا وخمسمائة فان لم يكن لهما بينة تحالفا وايهما نكل لزمه دعوى الآخر وما وقع في النهاية من ان الزوج اذا نكل يلزمه الف وخمسمائة كانه غلط من الناسخ وان حلف يجب مهر المثل قدر ما اقر به تسمية والزائد يتخير فيه فان اقام احدهما البينة يثبت ما يدعيه مسمى وان اقاماها تهاترتا في الصحيح لاستوائهما في الاثبات والدعوى ثم يجب مهر المثل يتخير فيه كله لان بينة كل منهما تنفي تسمية الآخر فخلا العقد عن التسمية فيجب مهر المثل بخلاف التحالف لان وجوب قدر ما يقر به الزوج بحكم الاتفاق لذكر قاضيخان انه كفصل التحالف هذا كله تخريج الرازي وقد ذكرنا ان على تخريج الكرخي يتحالفان في الفصول كلها ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك والاحسن ان يقال يتحالفان ثم يعطى مهر المثل واختاره صاحب المبسوط وغيره من المتاخرين لان ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وبالتحالف ينتفي يمين كل دعوى صاحبه ويبقى العقد بلا تسمية فيجب مهر المثل وقال قاضيخان ما قاله الرازي اولى لانا لا نحتاج الى مهر المثل للايجاب بل ليبين من يشهد له الظاهر فيكون القول له مع يمينه فلا حاجة الى التحالف ويقرع في التحالف للابتداء استحبابا ولو بدأ بايهما كان جاز وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف يبدأ بيمين الزوج لانه كالمشتري والمهر كالثمن وفي المتبايعين يبدأ بيمين المشتري في اظهر مذهب الاسبيجابي **قوله** ولو كان الاختلاف في اصل المسمى في حال الحيوة بان ادعاه احدهما ونفاه الآخر يجب مهر المثل بالاجماع ولو كان بعد الطلاق قبل الدخول تجب المتعة بالاتفاق لانه هو الاصل عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رح وعند ابي يوسف رح تعذر القضاء بالمسمى لان القول لمنكر التسمية مع يمينه فيصار الى مهر المثل واستشكل كون مهر المثل هو الاصل عند محمد بل هو مع ابي يوسف رح في ان المسمى هو الاصل على ما صرح هو في مسئلة ما اذا تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد واحدهما اوكس ما ذكر من ايجابه مع ابي حنيفة مهر المثل لا يستلزم كونه بناء عليه فقد اشرنا الى انه ليعرف من معه الظاهر بناء على ان العادة كون المسمى لا ينقص عن مهر المثل لانا ادركنا منعنا في تلك المسئلة ثبوت اختلافهم في ان الاصل هو مهر المثل بل الاتفاق عليه لا يقتضي بذلك الخلاف فلا يشكل على هذا كون الاصل مهر المثل عند محمد ايضا كما هو عند ابي حنيفة بل الاولى ان يقال للكل مع والمسئلة اتفاقية **قوله** ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما اي حال قيام النكاح في الاصل والقدر

ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يستثني القليل وعند أبي يوسف رحمه الله القول قول الورثة إلا أن يأتوا بشيء قليل وعند محمد رحمه الله الجواب فيه كالجواب في حالة الحيوة وإن كان في أصل المسمى فعند أبي حنيفة رحمه الله القول قول من أنكره والحاصل أنه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد إن شاء الله تعالى وإن مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراثه وإن لم يسم لها مهرا فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه الأول ومهر المثل في الثاني أما الأول فلأن المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته إلا إذا علم أنها ماتت أولا فيسقط نصيبه من ذلك وأما الثاني فوجه قولهما أن مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما إذا مات أحدهما ولأبي حنيفة رحمه الله أن موتهما يدل على انقراض أقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث إلى امرأته شيئا

ومن كان القول له لو كان حيا يكون لورثته وفي الأصل يجب مهر المثل بعد الدخول وقبله بعد الطلاق المتعة لأن اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما ولهذا يجب في المفوضة مهر المثل بعد موت أحدهما بالاتفاق **قوله** ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول لورثة الزوج عنده كأبي يوسف حال الحيوة إلا أن أبا حنيفة لم يستثن القليل وهذا لسقوط اعتبار مهر المثل بعد موتهما عند أبي حنيفة وعند محمد الجواب بعد موتهما كالجواب في حال الحيوة وإن كان في أصل المسمى فعند أبي حنيفة القول لمن أنكره ولا يقضى بشيء وعندهما يقضى بمهر المثل وبه قال مالك والشافعي وأحمد وعليه الفتوى لكن الشافعي يقول بعد التحالف عندنا وعند مالك وأحمد لا يجب التحالف **قوله** على ما نبينه يعني في المسألة التي تليها من غير فصل وهي ما إذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا ثبت ذلك بالبينة أو بتصادق الورثة فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج هذا إذا علم أن الزوج مات أولا أو علم أنهما ماتا معا أو لم يعلم الأولية لأن المهر كان معلوم الثبوت فما لم يتيقن بسقوط شيء منه بموت المرأة أولا لا يسقط وأما إذا علم أنها ماتت أولا فيسقط منه نصيب الزوج لأنه ورث دينا على نفسه فعلم بهذا أن المستثنى منه المحذوف في قوله إلا إذا علم هو الصور الثلاث التي ذكرناها كذا في النهاية والصواب أن المستثنى منه جميع الصور لأن التقدير لورثتها أن يأخذوا ذلك في جميع الصور إلا في صورة العلم بموتها قبله لأن المستثنى منه هو العام ولو كان الصور الثلاث مستثنى منها كان أخذ الورثة إنما هو في بعض الثلث لا كلها **قوله** فإن لم يسم لها شيئا فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة وقالا لهم مهر المثل واستدل أبو حنيفة في الكتاب فقال أرأيت لو ادعى ورثة علي على ورثة عمر مهر أم كلثوم أكنت أقضي فيه بشيء وهذا إشارة إلى أنه إنما لا يقضى به عند تقادم العهد لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات فإذا تقادم العهد يتعذر على القاضي الوقوف على مقداره وأيضا يؤدي إلى تكرر القضاء به لأن النكاح القديم قد يكون مشهورا أو يكون ما ثبت بالتسامع فيدعي ورثة ورثة الورثة على ورثة ورثة الزوج فيقضى به ثم تأخر العصر فادعى لورثة الذين بعدوا بعد ذلك فإنه أيضا يقضى به أيضا ثم وثم فيفضي إلى ما قلنا أما إذا لم يتقادم فيقضى بمهر المثل وطريق آخر أن مهر المثل قيمة البضع فيشبه المسمى ويجب بغير شرط فيشبه النفقة فللشبه الأول لا يسقط أصلا وللشبه الثاني يسقط بموتهما وبموت أحدهما فقلنا يسقط بموتهما إعمالا لشبه النفقة ولا يسقط بموت أحدهما إعمالا لشبه المسمى توفيرا على الشبهين حظهما وهذا يقتضي أن لا يقضى به وإن كان العهد قريبا وما قبله أوجه وقال مشايخنا هذا كله إذا لم تسلم نفسها فإن سلمت ثم وقع الاختلاف في حال الحيوة أو بعد الموت فإنه لا يحكم بمهر المثل بل يقال لها لا بد أن تقري بما تعجلت وإلا حكمنا عليك بالمتعارف في المعجل ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا **قوله** فالقول قوله أي مع يمينه **قوله** ومن بعث إلى امرأته شيئا ثم قال من مهرك قالت هو هدية فالقول له لأنه المملك فكان أعرف بجهة التمليك إلا فيما يكون مهيئا للأكل لأن الظاهر يخالفه فيه والقول إنما هو قول من يشهد له الظاهر والظاهر في مثله المتعارف أن يبعثه هدية والمراد منه نحو الطعام المطبوخ والشوي والفواكه التي لا تبقى والحلواء والخبز والدجاج المطبوخ فأما الحنطة والشعير والعسل والسمن والجوز واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية فالقول فيه قوله وإذا حلف الزوج والمرسل قائم إن كان من جنس حقها ولم ترض ببيعه بالصداق يأخذه وإن كان هالكا لا ترجع بالمرسل بل يبقى إن كان يبقى بعد قيمته شيء ولو بعث هو وبعث أبوها إليه أيضا ثم قال هو من المهر فللأب أن يرجع في هبته إن كان من مال نفسه وكان قائما وإن كان هالكا لا يرجع وإن كان من مال البنت بإذنها فليس له الرجوع لأنه هبة منها وهي لا ترجع فيما وهبت لزوجها وفي فتاوى أهل سمرقند بعث إليها هدايا وعوضته المرأة ثم زفت إليه ثم فارقها وقال بعثتها إليك عارية وأراد أن يسترده وأرادت هي أن تسترد

فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب

العوض فالقول قوله في الحكم لانه انكر التمليك واذا استرده تسترد هي ما عوضته هذا والذي يجب اعتباره في ديارنا ان جميع ما ذكر من الحنطة واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة لان المتعارف في ذلك كله ارساله هدية فالظاهر مع المرأة لا معه ولا يكون القول له الا في نحو الثياب والجارية وفيما اذا بعث الاب بعد بعث الزوج تعويضا يثبت له حق الرجوع على الوجه الذي ذكرنا في فتاوى اهل سمرقند وكذا البنت فيما اذا اذنت في بيته تعويضا هذا اذا كان بعثها عقيب بعث الزوج فان تقدم عليه فالظاهر انه هدية لا يوجب الرجوع فيه للزوج الا ان كان قائما والله سبحانه اعلم **قوله** وقيل ما يجب الخ بخلاف الخف والملاءة لا تجب عليه اذ لا يجب عليه تمكينها من الخروج بل يجب منعها الا فيما سنذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى ويجب عليه الخف والملاءة لامتعاهما ثم كون الظاهر يكذبه في نحو الدرع او الخمار انما ينفي احتسابه من المهر لا من حق آخر كالكسوة **فروع** جهز ابنته وزوجها ثم ادعى ان ما دفعه لها عارية وقالت تمليكا او قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه وقال الاب عارية قيل القول للزوج ولها لان الظاهر شاهد بها اذ العادة دفع ذلك اليها هبة واختاره السغدي اختيار الامام السرخسي رحمه كون القول للاب لان ذلك يستفاد من جهته والمختار للفتوى القول الاول ان كان العرف ظاهرا بذلك كما في ديارهم كما ذكره في الواقعات وفتاوى قاضي خان وغيرها وان كان العرف مشتركا فالقول للاب وقيل ان كان الرجل ممن مثله يجهز البنات تمليكا فالقول للزوج والا فله ولو ابرأت الزوج من المهر او وهبته ثم ماتت فقالت الورثة هو في مرض موتها وانكر الزوج فالقول له وقيل ينبغي ان يكون القول للورثة لان الزوج يدعي سقوط ما كان ثابتا وهم ينكرون وجه الظاهر ان الورثة لم يكن لهم حق وانما كان لها وهم يدعونه لانفسهم والزوج ينكر فالقول له وفي البدائع في كتاب النفقات اعطاها مالا وقال من المهر وقالت من النفقة فالقول للزوج الا ان تقيم هي البينة لان التمليك منه وفي الخلاصة انفق على معتدة الغير على طمع ان يتزوجها اذا انقضت عدتها فلما انقضت ابت ان شرط في الانفاق التزوج يعني كان يقول انفق بشرط ان تتزوجيني يرجع زوجت نفسها او لا لانه رشوة والصحيح انه لا يرجع لو زوجت نفسها وان لم يشترط لكن انفق على هذا الطمع اختلفوا والاصح انه لا يرجع اذا زوجت قال الصدر الشهيد قال الشيخ الامام الاصح انه يرجع عليها زوجت نفسها منه او لا لانه رشوة واختاره في المحيط وهذا اذا دفع الدراهم اليها لتنفق على نفسها اما اذا اكل معها فلا يرجع بشيء انتهى ولم يذكر ما اذا ابت ان تتزوجه في فصل عدم الاشتراط صريحا الا انه قد يتوهم من اقتصاره على قول الشهيد ومن بعده ولا يرجع اذا لم تزوجه وحكى في فتاوى الخاصي فيما اذا انفق بلا شرط بل للعلم عرفا انه ينفق للتزوج ثم لم تتزوجه به خلافا فمنهم من قال يرجع لان المعروف كالمشروط ومنهم من قال لا قال وهو الصحيح لانه انما انفق على قصده لا على شرطه وفيما ادعت على زوجها بعد وفاته ان لها عليه الفا من مهرها تصدق في الدعوى الى مهر مثلها في قول ابي حنيفة لان عنده يحكم بمهر المثل فمن شهد له كان القول له مع يمينه وفي النوازل اتخذت ابويها ما تا فبعث الزوج اليهما بقرة فذبحاها واطعما الماتم فطلب قيمتها فان اتفقا انه بعث اليهما او امرهما ان تذبح وتطعم ولم يذكر قيمة ليس له ان يرجع عليهما لانها فعلت باذنه من غير شرط القيمة وان اتفقا على ذكره الرجوع بالقيمة فله ان يرجع وان اختلفا في ذكر القيمة فالقول للزوجة مع يمينها لان حاصل الاختلاف راجع الى شرط الضمان وهي منكرة **تتمة** فيها مسائل الاولى مسئلة تعورف ذكرها في باب المهر مع ان الجواب المذكور فيها انما يتعلق بالميراث فاحببنا الاتباع بذكر المهر زيادة وفيها تزوج ثنتين في عقدة وثلثا في عقدة ومات قبل ان يدخل بواحدة منهن وقبل ان تتبين المتقدم التقدرته نكاحه من غيرهن فلذات الزوجات وهو الربع عند عدم الولد وولد الابن والثمن مع الولد وولد الابن بينهن على سبعة وعشرين سهما للتي تزوجها وحدها باتفاق

قال لانه الطعام الذي يؤكل فان المقول قوطها والمراد منه ما يكون مهيأ للاكل لانه يتعارف هدية فاما في الحنطة والشعير فالقول قولها بينا

والباقي نصفه للثنتين ونصفه للثلاث عند ابي حنيفة رحمه الله ثمانية اسهم من الباقي للثنتين وستة للثلاث على تخريجهما وانما قلنا المسئلة من اربعة وعشرين لان نكاح الواحدة صحيح على كل حال لانها ان تقدمت فظاهر وكذا ان توسطت لانها تكون ثالثة ان وقع بعد الثنتين ورابعة بعد الثلاث وكذا اذا تأخرت لبطلان نكاح احد الفريقين فيقع هي ثالثة او رابعة ونكاح كل من الفريقين صحيح في حال باطل في حال ثم نقول ان صح نكاح الواحدة مع اثنتين فلها ثلث الميراث وان صح مع الثلاث فلها ربعه فيحتاج الى حساب له ثلث وربع وذلك اثنا عشر او نقول مخرج الثلث من ثلاثة والربع من اربعة وبينهما مباينة فضربنا احدهما في الآخر فصار اثنا عشر فيكون لها الثلث في حال اربعة والربع في حال ثلاثة فثلاثة ثابتة بيقين والربع يجب في حال دون حال فيتنصف للشك فيه فينكسر فيضعف فيصير اربعة وعشرين او يضرب مخرج النصف وهو اثنان في اثني عشر فصار اربعة وعشرين ثم نقول للتي تزوجها وحدها سبعة من اربعة وعشرين لان لها الثلث في حال ثمانية والربع في حال ستة فستة ثابتة بيقين ووقع الشك في سهمين لانهما يسقطان في حال ويثبتان في حال فيثبت احدهما وينضم الى ستة فصار لها سبعة وما بقي ستة للثلاث لكل واحدة ثلثة وثمانية للثنتين لكل واحدة اربعة عندهما على اختلاف تخريجهما اما ابو يوسف رحمه الله فيعتبر المنازعة فيقول لا منازعة للثنتين في السهم السابع عشر لانهما ايدعيان الا ثلثي الميراث ستة عشر فالسهم السابع عشر يسلم للثلاث لانهن يدعين ذلك لانهن يدعين ثلاثة ارباع الميراث ثمانية عشر وبقي ستة استوت منازعة الفريقين فيها فتكون بينهما نصفان فيحصل للثلاث تسعة منها وللثنتين ثمانية واما محمد فيعتبر الاحوال فيقول ان صح نكاح الثنتين فلهما ثلث الميراث ستة عشر وهو مال التقدم اسبق تقدم الثنتين على الثلاث فتكون الواحدة معها فيكون لهما الثلثان فان لم يصح فلا شيء لهما فلهما نصف ذلك وهو ثمانية والثلاث ان صح نكاحهن فلهن ثلاثة ارباع الميراث ثمانية عشر لان الواحدة تزوجت معهن فان لم يصح فلا شيء لهن فلهن نصف ذلك وهو تسعة فاتفق الجواب واختلف التخريج والضابط عن الغلط قوله الحاء مع الحاء والعين مع العين اي محمد الاحوال ويعقوب المنازعة وعند ابي حنيفة نصف ما بقي للثنتين ونصفه الآخر للثلاث لان الفريقين في حالة الاستحقاق سواء لان كل فريق يستحق في حال وهو ما اذا كان سابقا على الفريق الآخر دون حال التأخير فصار كما لو لم يكن معهن واحدة ولو لم يكن معهن واحدة كان جميع ميراثهن بين الفريقين نصفين كذا ههنا فلتنصف وقع الكسر فتضعفنا المجموع فصار ثمانية واربعين او تضرب مخرج النصف وهو اثنان في اربعة وعشرين فيصير ثمانية واربعين للواحدة من ذلك اربعة عشر ولكل واحدة من الطائفتين سبعة عشر فتطلب بين السهام والرؤس الاستقامة والموافقة والمباينة فنقيم اربعة عشر على الواحدة ولا يستقيم سبعة عشر على الثنتين ولا على الثلث ولا موافقة بين ذلك ايضا فحصل معنا اثنان وثلثة فتطلب بين الرؤس والرؤس الاحوال الاربعة التداخل والتماثل والتوافق والتباين فوجدنا ما متباينة فنضرب ثلثة في اثنين او على العكس فحصل ستة فنضربها في ثمانية واربعين تصير مائتين وثمانية وثمانين ومنها تصح وطريقة معرفة ما لكل ان تضرب ما كان له من هذه الستة فكان للواحدة اربعة عشر فضربها في ستة تحصل لها اربعة وثمانون وكان لكل فريق سبعة عشر ضربناها في الستة يحصل لكل فريق مائة وستان لكل من الثنتين احد وخمسون ولكل من الثلث اربعة وثلثون فان قيل ما ذكر ابو حنيفة رحمه الله مشكل لانه يعطي الثنتين ما لا يدعيانه اجيب بانهما انما لا تدعيانه اذا استحقت الواحدة ذلك السهم فاما بدون استحقاقها فلا وقد خرج ذلك السهم من استحقاق الواحدة فكان دعواهما ودعوى الثلث في استحقاق ما خرج من استحقاق الواحدة سواء وهذا الاختلاف في الارث اما المهر فالزوج ان كان حيا يؤمر بالبيان جبرا قوله في الثلث والثنتين ايضهن +

وقيل ما يصف عليه من الحمار والدرهم وغيره ليس له ان يحبسه من المهر لان الظاهر يكذبه والله اعلم

الاول ان نكاح احد الفريقين صحيح فى نفس الامر والزوج هو باشر العقود وان قال لا ادرى الاول يجب عنهن الا الواحدة لانه قربالاشتباه فيما لا مساغ فيه للتحرى وان مات احد الفريقين والزوج حى فقال هن الاول ثبتن واعطى مهورهن وفرق بينه وبين الاواخر وان كان دخل بهن كلهن ثم قال فى صحته او عند موته لاحد الفريقين ذلك فهو الاول ويفرق بينه وبين الآخر ولكل واحدة الاقل من مهر مثلها والمسمى كما هو الرسم فى الدخول فى النكاح الفاسد فالدخول بهن لا يؤثر فى البيان اذا لم تعلم السابقة فى الوطى واما المهر قبل الدخول فللواحدة ما سمى لها بكماله لان نكاحها صحيح بيقين وللثلث مهر ونصف للثنتين مهر واحد بالاتفاق فهما نرا على اصلهما فى اعتبار المنازعة والحال وابو حنيفة فرق بين المهر والميراث فاعتبر المنازعة فى المهر دون الميراث فقال ما فضل من الواحدة بينهما بين الفريقين نصفان لا يتفاوتان فيه لانهما قد استويا فى الاستحقاق فيكون بينهما فاما هنا فالثنتان لا يدعيان النصف الزائد على المهرين والثلث يدعينه فسلم لهن وفى المهرين استوت منازعتهما فيكون بينهما او نقول اكثر مالهن ثلثة مهور بان يكون النكاح الثالث واقل مالهن مهران بان يكون نكاح الثنتين سابقا فوقع الشك فى مهر واحد فيتنصف فكان لهن مهران ونصف ثم لا منازعة للثنتين فى الزيادة على مهرين فيسلم فذلك مع الثلث وهو نصف مهر بقى مهران استوت منازعة الفريقين فيه فكان بينهما فحصل مهر ونصف وللثنتين مهر واحد ومحمد يقول ان صح نكاح الثلث فلهن ثلثة مهور وان لم يصح فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف واما الثنتان فلهما مهران ان صح والا فلا شئ لهما فلهما نصف ذلك مهر واحد واما حكم العدة فعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة على الواحدة ظاهر وعلى الفريقين كذلك لان الشرع حكم بصحة نكاحهن حيث اوجب لهن مهرا او ميراثا والعدة مما يحتاط فيها فان كان الزوج دخل بهن ولا يعرف الاول من الآخر فعلى غير الواحدة عدة الوفاة والحيض جميعا اعنى اربعة اشهر وعشرا يستكمل فيها ثلث حيض المسألة الثانية تزوج امراة وابنتها فى ثلث عقود ولا يدرى الاولى منهن ومات قبل الوطى والبيان فلهن مهر واحد لان الصحيح نكاح احديهن ليس غيرلانه ان تزوج الام اولا لم يصح نكاح بنتيها او البنت فكذلك ولهن كمال ميراث النساء هذا بالاتفاق ثم اختلفوا فى كيفية القسمة فقال ابو حنيفة للام النصف من كل من المهر والميراث وقال ابو يوسف ومحمد يقسم بينهن اثلاثا ولو كان تزوج الام فى عقدة والبنتين فى عقدة كان الكل للام بالاتفاق للتيقن ببطلان نكاحهما تقدم او تاخر عن الام للجمع بين الاختين فى عقد ولو كان تزوج امراة وامها وابنتها او امراة وامها واختها كان المهر والميراث بينهن اثلاثا اتفاقا وقيل على الخلاف والصحيح الاول والاصل ان المساواة فى سبب الاستحقاق توجب المساواة فى الاستحقاق ونكاح كل واحدة يصح فى حال ولا يصح فى حالين فاستويا فى حق الاستحقاق وهو ليساعدهما على هذا الاصل لكنه يقول الام لا يزاحمها الا احدى البنتين لا تيقنا ببطلان النكاح احدى البنتين والانبان فى النصف استويا لانه ليست احديهما بتعيين جهة البطلان اولى من الاخرى المسألة الثالثة لو قال لاجنبية كلما تزوجتك فانت طالق فتزوجها فى يوم ثلث مرات ودخل بها فى كل مرة فهى امراته وعليه مهران ونصف مهر ووقع عليه تطليقتان على قول ابى حنيفة وابى يوسف لانه لما تزوجها اولا وقع تطليقة ووجب نصف مهر فلما دخل بها وجب مهر كامل لانه وطى عن شبهة فى المحل اذ الطلاق غير واقع عند الشافعى رحمه الله بناء على ان هذا التعليق عنده لا يصح ووجبت العدة فاذا تزوجها ثانيا وقعت اخرى وهو طلاق بعد الدخول معنى فان من تزوج معتدته البائن فطلقها قبل الدخول عند ابى حنيفة وابى يوسف يكون هذا الطلاق بعد الدخول معنى فيجب مهر كامل وعدة مستانفة خلافا لمحمد فى ايجاب نصف المهر وبقية عدتها التى كانت فيها فصار على قولهما الواجب مهرين ونصف فاذا دخل بها

فصل وإذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة أو على غير مهر وذلك في دينهم جائز فدخل بها أو طلقها قبل الدخول بها أو مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قولهما في الحربيين وأما الذمية فلها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها والمتعة إن طلقها قبل الدخول بها وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال زفر رحمه الله لها مهر المثل في الحربيين أيضا له أن الشرع ما شرع ابتغاء النكاح إلا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الإسلام وولاية الإلزام منقطعة لتباين الدارين بخلاف أهل الذمة لأنهم التزموا أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالربا والزنا وولاية الإلزام متحققة لاتحاد الدار ولأبي حنيفة رحمه الله أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الإلزام بالسيف وبالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فإنا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فصاروا كأهل الحرب بخلاف الزنا لأنه حرام في الأديان كلها والربا مستثنى من عقودهم لقوله عليه السلام إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب أو على غير مهر يحتمل النفي ويحتمل السكوت

وهي معتدة من طلاق رجعي صار مراجعا فلم يجب بالوطء شيء فإذا تزوجها ثالثا لا يصح النكاح لأنه تزوج امرأة هي منكوحة ونكاح المنكوحة لا يصح وعلى قول محمد بالتزوج الأول والطلاق عقيبه يجب النصف وبالدخول بعده مهر كامل وبالتزوج والدخول بعد الطلاق الواقع عقيبه أيضا مهر ونصف وكذا بالتزوج الثالث فكان الواجب على قوله أربعة مهور ونصف مهر وهذا بناء على أنه لم يصر مراجعا بالوطء عقيب النكاح الثاني لأنه لم يقع الطلاق على قول محمد لما كان الدخول في الأول حكما في الثاني كان الطلاق الثاني عقيب الدخول ولا يخفى عليك أن الدخول الأول لم يكن في نكاح بل ليس إلا وطئا بشبهة فاقتضى قولهما على هذا أن الرجعة تثبت بالوطء في عدة وإن كان تلك العدة من غير طلاق بل عن وطء بشبهة إذا كان مسبوقا بطلاق ولو قال كلما تزوجتك فأنت طالق بائن فالمسألة بحالها بانت بثلاث وعليه خمسة مهور ونصف مهر في قياس قولهما وأربعة مهور ونصف على قول محمد وتخريج ذلك على الأصل المذكور لكل فنقول محمد يلزمه أربعة مهور ونصف على الأصل المذكور له آنفا ظاهر وأما وجه ما ذكر عندهما فلأنه بالنكاح الأول والدخول بعده يجب مهر ونصف وبالنكاح الثاني طلقت بائنا ولها مهر كامل لأنه طلاق بعد الدخول على قولهما ومهر آخر بالدخول بعده للشبهة ولم يصر به مراجعا لأن الطلاق بائن وبالنكاح الثالث طلقت ثلاثا ولها مهر وبالدخول بعده مهر آخر فصارت خمسة مهور ونصفا ثلاثة بالدخول ثلاث مرات ونصف بالتزوج الأول ومهران بالتزوجين الأخيرين لكون الطلاق بعدهما بعد الدخول على قولهما

فصل في مهور الكفار لما ذكر مهور المسلمين شرع في ذكر مهور الكفار **قوله** وإذا تزوج نصراني المراد إذا تزوج ذمي كتابي أو مجوسي على ميتة أو على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها أو طلقها قبل الدخول أو مات عنها فليس لها مهر ولو أسلما أو رفع أحدهما الأمر إلينا أو ترافعا وهذا إذا لم يدينوا مهر المثل بالنفي وكذا لو تزوجها على دم لأنهم اتفقوا على عدم المهر وهم يدينونه وهذا لأنهم لا يتمولون الميتة حتف أنفها بخلاف الموقوذة وكذا في الحربيين هذا مذهب أبي حنيفة وبه قالا في الحربيين أي لو أسلما أو ترافعا أما في الذمية فلها عندهما مهر مثلها إن دخل بها أو مات أحدهما والمتعة إن طلقها قبل الدخول لوقوعه في نكاح لا تسمية فيه وبهذا قال زفر في الحربيين أيضا لأن الشرع لم يشرع ابتغاء النكاح إلا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيتناول الكفار بناء على أنهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها غير أنه ليس بعبادة بالنية والكافر ليس من أهلها فتمحض معاملة في حقه ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين الأحكام وليس لنا عليهم ولاية الإلزام للتباين بخلاف أهل الذمة فإنهم التزموها في المعاملات وولاية الإلزام ثابتة فنقرره وإذا زنى ذمي نحده عن الزنى ونحكم بفساد العقود والنكاح منها ولذا تجري عليهم أحكامه من لزوم النفقة والعدة وثبوت النسب والتوارث به وثبوت خيار البلوغ وحرمة المطلقة ثلاثا ونكاح المحارم وقد يقال من طرف زفر عدم التزامهم وقصور الولاية بتباينهم لا ينفي تحقق الوجوب عليهم بعموم الخطاب حتى إذا ترافعا يقضي عليهما بالتزامها حال كونهما حربيين إنما أثرهما الوجوب ليظهر عند إمكان التزامهم أثره قوله ولأبي حنيفة رحمه الله وحاصله منع المقدمة القائلة إنهم التزموا أحكامنا في المعاملات بل ليسوا ملتزمين بعقد الذمة ما يعتقدون خلافه فيها إلا ما شرط عليهم ولذا لا نمنعهم من بيع الخمر والخنزير ونكاح المحارم كذا في بعض كتب الفقه وفي بعضها ما ذكرناه من حرمة المحارم عليهم ولا تنافي فيحمل أحدهما على من يدين بحرمتهن ويحمل الآخر على من لا يتدين به كالمجوس فلم يلتزموا ولم نؤمر بإلزامهم بل بتركهم وما يدينون فصار أهل الذمة أولى من أهل الحرب بذلك لأن المانع فيهم المنعة الحسية وأمرنا بعدمها والمانع في أهل الذمة المنعة الشرعية وأمرنا بتقديرها بخلاف الزنا إلا أنه مستثنى من عقودهم قال صلى الله عليه وسلم إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهد روى معناه القاسم بن سلام

وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير وتسلم اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد رح لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف رح يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد رح يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة رح ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام

ابنده في كتاب الاموال عن ابي المليح الهذلي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح اهل نجران فكتب لهم كتابا اوساقه وفيه ولا تاكلوا الربا فمن اكل منهم الربا فذمتي منهم بريئة وفي مصنف ابن ابي شيبة بسنده الى الشعبي كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى نجران وهم نصارى ان من بايع منكم بالربا فلا ذمة له وهو مرسل وهو حجة عندنا واذا استثنى من التعرض لهم فيما يدينون قبل الاسلام الا المستثنى فبعد الاسلام والمرافعة حال بقاء النكاح والمهر ليس شرط البقاء والذي يقتضيه النظر ان الاستدلال على ان الكفار مخاطبون بالمعاملات ان تم تم المطلوب لزفر رح لان الامر بترك التعرض لهم لذمتهم لا يقتضي سوى ان لا يتعرض لهم ما لم يرضوا بحكمنا او يسلموا وذلك لا يمنع من قيام لزوم المهر شرعا في ذمتهم وحالة الاسلام وان كانت حالة البقاء والمهر ليس شرطا فيها ولا حكما لا يمنع القضاء بالتقرير في الذمة اول الوجود لما ارتفع منع الشرع من التعرض لهم

قوله وقد قيل ان في الميتة والسكوت عن المهر روايتان بخلاف نفيه صريحا ففي ظاهر الرواية لها مهر المثل وذكر الكرخي انه لا فرق بين قياس قول ابي حنيفة رح بين السكوت والنفي ووجهه على ما في المبسوط ان تملك البضع في حقهم كتملك المال في حق المسلمين فلا يجب العوض فيه الا بالشرط ووجه الظاهر ان النكاح معاوضة فما لم ينص على نفي العوض يكون مستحقا لها والميتة كالسكوت لانها ليست مالا عندهم فذكرها لغو وصحح المصنف ان الكل على الخلاف وهو خلاف الظاهر قوله فان تزوج ذمي ذمية على خمر او خنزير باعيانهما ثم اسلما او اسلم احدهما قبل قبض الصداق المذكور فليس لها الا الخمر والخنزير وان كان بغير اعيانهما واسلما قبله فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا التفصيل مذهب ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لها مهر المثل في الوجهين وهو قول الائمة الثلاثة وقال محمد لها القيمة في الوجهين وهو قول ابي يوسف رح الاول ولما اشترك قولاهما في عدم ايجاب عين الخمر والخنزير اذا كانا باعيانهما جمع بينهما في دليله فقال وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض المعين ولهذا لو هلك قبل القبض او تعيب فاحشا فهلك من مال الزوج حتى يلزمه مثله ان كان مثليا والا فقيمته وبعد القبض يهلك من مال المرأة ويتنصف قبل القبض بالطلاق قبل الدخول وبعد القبض اذا طلقها قبل الدخول لا يتنصف الا بالقضاء او التراضي على ما اسلفناه في باب المهر في عتق الجارية المهر وكذا الزوائد تتنصف قبل القبض لا بعده على ما قدمنا فيكون له شبه بالعقد لثبوت اثر كل منهما في الملك فيمتنع القبض بالاسلام كما يمتنع العقد اي كما يمتنع ابتداء التمليك بالعقد الحقيقي واما شبهة العقد بحقيقته في المحرمات وليس يريد كما يمتنع العقد بالاسلام فان العقد عليهما لا يمتنع بل يصح ثم يبطل العوض واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فامتنع افترقا فقال ابو يوسف رح لو كانا مسلمين وقت العقد فعقدا على الخمر والخنزير يجب مهر المثل وكذا اذا كانا مسلمين وقت القبض ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم ثم امتنع التسليم بالاسلام فتجب القيمة كما لو هلك العبد المسمى قبل القبض تجب القيمة لامتناع اعطاء مثل الخمر قوله ولابي حنيفة رح ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا يملك التصرف فيه قبل القبض ببدل وبغير بدل فقبضه ليس موجبا للملك ولا لملك التصرف فيه فليس مؤكدا بل نقلا لليد والضمان من الزوج الى المرأة في الهلاك وذلك اي انتقال الضمان لا يمتنع بالاسلام لان موجبه صورة اليد وصورتها لا تمتنع بالاسلام كالمسلم اذا تخمر عصيره والذمي اذا غصب منه الخمر والخنزير ثم اسلم له ان يسترد من الغاصب فكذا فيما نحن فيه فيقبض الخمر ثم يخللها او يريقها والخنزير فيسيبه فان كان مرادكم من كون القبض مؤكدا غير هذا منعنا كونه مؤكدا وان كان المراد هذا سلمنا كونه مؤكدا ومنعنا منافاة الاسلام اياه وفي الاسرار ولان سلمنا ان القبض مؤكد للملك فلا نسلم ان الاسلام يمنع تأكد الملك بدليل ان من باع عبدا بخمر وقبض الخمر فان الملك فيه واذا جاز ان يهلك

بخلاف المشتري لأن ملك التصرف إنما يستفاد بالقبض وإذا هلك القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لأنه من ذوات القيم فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه ولا كذلك الخمر لأنها من ذوات الأمثال ألا ترى أنه لو جاء بالقيمة قبل الإسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن أوجب مهر المثل أوجب المتعة ومن أوجب القيمة أوجب نصفها

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد لأنه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عليه السلام أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر ولأن في تنفيذ نكاحهما تعييبهما إذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون إذن مولاهما

البيع عنده قبل التسليم إليه وبالتسليم إليه يتقرر الملك وبهذا التسليم لا يمتنع بالإسلام وإن كان فيه تأكيد الملك في الخمر ولو اشترى خمرا وقبضها وصاحب ثم أسلم سقط خيار الرد وإن كان في سقوطه تأكد ملك الخمر فعلم أن الإسلام لا يمنع تأكد الملك **قوله** بخلاف المشتري متصل بقوله يتم بنفس العقد ولهذا يملك التصرف فيه بالبيع وغيره بخلاف المشتري لا يتم بنفس العقد ولا يملك التصرف فيه والقبض فيه هو المفيد لملك التصرف والإسلام مانع منه فإن الوارد النهي الخمر والخنزير ولو اشتراهما ثم أسلم ينفسخ البيع لامتناع إفادة ملك فيهما مع الإسلام وخص التصرف في المهر قبل القبض من النهي عن بيع ما لم يقبض بالإجماع ونقل بعض الفضلاء أن قوله في النهاية ولأن ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه يقتضي المشتري ناقل لضمان الملك وضمان المهر في يد الزوج ليس بضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ينافي قول الهداية وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج إلى ضمانها وهو غلط وإنما معناه أن بالهلاك في يد البائع يعود إلى ملكه فإذا هلك على ملكه لا يضمن لأحد شيئا بل يسقط الثمن وهذا معنى قولهم يهلك المبيع في يد البائع بالثمن وأما هلاك المهر في يد الزوج فليس هلاك ملكه بل هلاك ملكها في يده فيضمنه بالقيمة كهلاك المغصوب وبهذا صرح في النهاية به بعد قوله يهلك على ملكها بأن قال ولهذا أوجب لها القيمة **قوله** ولو طلقها قبل الدخول بها ففي المعين لها نصفه عند أبي حنيفة رحمه الله وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير المتعة وعند محمد لها نصف القيمة بكل حال لأنه أوجب القيمة فيتنصف وعند أبي يوسف رحمه الله وهو الموجب لمهر المثل لها المتعة لأن مهر المثل لا يتنصف

باب نكاح الرقيق الرقيق العبد ويقال للعبيد لما فرغ من نكاح الأحرار المسلمين شرع في بيان نكاح الأرقاء والإسلام فيهم غالب فلذا قدم باب نكاح المسلمين ثم أولاه نكاح الأرقاء ثم أولاه نكاح أهل الشرك وأما ما تقدم من فصل النصراني فإنما هو في المهر من توابع صور المسلمين والمهر من توابع النكاح فأردفه تتمة له **قوله** لا يجوز نكاح العبد إلا بإذن سيده أي لا ينفذ فإنه ينعقد موقوفا عندنا وعند مالك ورواية عن أحمد ونسبته إلى مالك في الكتاب ليس مذهبه وحاصل تقرير جد المذكور ملازمة بين الملكين شرعا فقد تبين بأن من ملك رفع شيء ملك وضعه ويمنع بأنه يملك رفع الضرر عن النفس ولا يملك إثباته شرعا على نفسه وكذا ملك التطبيب ولم يملك أكل السم وإدخال المؤذي على البدن والأوجه بيانها بأنه ملك الطلاق لأنه من خواص الآدمية فكذا النكاح ويجاب بما سنذكر والحديث الذي ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر رواه أبو داود والترمذي من حديث جابر وقال حديث حسن والعاهر الزاني وفي السنن أيضا عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا نكح العبد بغير إذن مولاه فنكاحه باطل ولأن في تنفيذ نكاحهما تعييبهما أما في العبد فتشتغل الذمة بالمهر والنفقة وأما في الأمة فلحرمة الاستمتاع بها عليه بالنكاح وهذا تصرف في ماله بالإفساد فلا ينفذ إلا برضاه وبهذا يجاب عن المنسوب إلى مالك من قوله يملك الطلاق فيملك النكاح كالطلاق إزالة عيب عن نفسه بخلاف النكاح لا يقال يصح الإقرار من العبد على نفسه بالحد والقصاص مع أن فيه إهلاكه فضلا عن تعييبه لأنا نقول هو لا يدخل تحت ملكه فيما يتعلق به خطاب الشرع أمرا ونهيا كالصلوة والغسل والصوم والزنا والشرب وغيره إلا فيما علم إسقاط الشارع إياه عنه كالجمعة والحج ثم هذه الأحكام تجب جزاء على ارتكاب المحظور شرعا فقد أخرجه عن ملكه في ذلك الذي دخل فيه باعتبار غير ذلك وهو الشارع زجرا عن الفساد وإعظام العيوب وكذا المكاتب ليس له أن يتزوج إلا بإذن المولى لأن الكتابة أفادت فك الحجر في التصرف الاكتسابي فيبقى فيما سواه على حكم الرق ولا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج أمته لأنه من باب الاكتساب إذ به يحصل المهر للمولى والولد لعبده ولكونه من باب الاكتساب ملك الأب والجد والقاضي والوصي والشريك المفاوض تزويج الأمة لا العبد لأنه تنقيص للمالية

ولدها لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فيبقى في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته
لانه من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذا المدبر وام الولد لان الملك فيهما
قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى
لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما
لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها
او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد او هو ادنى فكان
الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة ومن قال لعبده

بتمامها والمضارب والعبد المأذون فليس لهم تزويج الامة عند ابي حنيفة ره ومحمد ره وقال ابو يوسف ره يملكون وانما لم يجز تزويج المكاتبة نفسها لما ذكره
قوله وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بغير اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا من بقاء ذات المكاتب على الرق والاكتساب الذي اوجب
الكتابة اطلاقه له ما لا يوجب خللا في ذات المملوكة والاكتساب بالنكاح انما يكون بتمليك جزء منها بغير السيد او بدل منفعة البضع في حكم بدل جزء
من العين كالارش ولان هذه المنفعة لا يزول ملكها بعد صحته الا باختيار الزوج والكتابة ليست على يقين من استمرار فك الحجر فيها وانفضائها الى
زوال ملك الرقبة بجواز التعجيز والرد الى الرق فترد مملوكة البضع للغير فيمتنع على السيد ولم يشرع عقد الكتابة على وجه يعود ضرره على السيد
قوله وكذا المدبر والمدبرة يعني لا ينفذ نكاحهما الا باذن المولى وكذا ابن ام الولد يعني لو زوج ام ولده فجاءت بولد من الزوج فان حكمه
حكم امه فالرق فيه قائم فلا يملك تزويج نفسه واما معتق البعض فلا يجوز نكاحه عند ابي حنيفة ره لانه كالمكاتب وعندهما يجوز لانه حر مديون
وهذا فرع مهم للتجار ربما يدفع لعبده جارية ليتسرى بها ولا يجوز للعبد ان يتسرى اصلا اذن له مولاه او لم يأذن لان حل الوطء لا يثبت شرعا
الا بملك اليمين او عقد النكاح وليس للعبد ملك يمين فانحصر حل وطئه في عقد النكاح **قوله** واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته
يباع فيه بخلاف ما اذا تزوج بغير اذنه فدخل بها ثم فرق بينهما فانه لا مهر عليه حتى يعتق لانه لم يظهر في حق المولى لعدم الاذن فيه وقوله يباع فيه
اي ان لم يفده المولى وتقريره انه دين وجب في رقبته وكل دين كذلك يباع فيه اما وجوبه فللمقتضي وهو وجود السبب من اهله وانتفاء المانع
وهو حق المولى للاذن واما كونه في رقبته فلاذن السيد ولدفع المضرة عن ارباب الديون يعني النساء فيباع فيه كما يباع في ديون التجارة واما اصل
ان الدين انما يثبت في الذمة وثبوته فيها لا يتوقف على اذنه فانه لو باشر اتلافا ونحوه ترتب في ذمته فحين اذن ظهر الدين في حقه ثم العبد نفسه
مال فكان لهم ان يستوفوا من نفسه فعلى هذا يكون الاذن رفع المانع من الاقتضاء من نفس العبد غير انه ان فداه المولى حصل المقصود والمقتضي
لذلك دفع المضرة عن ارباب الديون واذا بيع فلم يف ثمنه بالمهر لا يباع ثانيا ويطالب بالباقي بعد العتق وفي دين النفقة يباع مرة بعد اخرى لانها
تجب شيئا فشيئا واذا مات العبد سقط المهر والنفقة ذكره التمرتاشي واذا زوج عبده من امته لا يجب عليه مهر لها ولا للسيد ومنهم من قال يجب ثم
يسقط لان وجوبه لحق الشرع والاولون يقولون لا فائدة في هذا الوجوب لانه لو وجب لوجب في ماليته وهي للمولى **قوله** المدبر والمكاتب يسعيان فاذا عتقا
لعلها المولى او دبرها ثم لتعذر الاداء عنهما بسببنا انهما لا يحتملان النقل عن ملك الى ملك وكذا معتق البعض وابن ام الولد فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما الا ان يعجز المكاتب فيرد الى الرق فيباع
في المهر **قوله** فقال له طلقها او فارقها فليس ذلك باجازة تزويج العبد نفسه بلا اذن عقد فضولي في الجملة فيتوقف نفاذه على اذن المولى واذنه
يثبت تارة صريحا وطورا دلالة فالصريح مثل ان يقول رضيت او اجزت او اذنت والدلالة ان يسوق اليها المهر او بعضه وسكوته لا يكون اجازة
وثم الفاظ اختلف فيها والظاهر الخلاف في عدم اعتبارها مثل قوله هذا حسن او صواب او نعم ما صنعت او بارك الله لك فيها او احسنت او اصبت
او لا بأس بها اختلف فيه قال الفقيه ابو القاسم ليس شيء منها اجازة واختيار الفقيه ابي الليث وبه كان يفتي الصدر الشهيد انه اجازة ما لم يعلم انه
قال استهزاء اذا عرف هذا فمسألة الكتاب وهو ما اذا قال طلقها لا شك ان مقتضى حقيقة اللفظ فيها الاجازة لان الطلاق الصحيح فرع وجود النكاح
الصحيح لكن قد صرف عن مقتضاه بالنظر الى حال العبد وذلك ان افتيات العبد على سيده وتمرده بمباشرة سبب قبيح عليه يستوجب به زجره
وبه فارق الفضولي المحض فانه معين والاعانة تقتضي بها الامضاء لتصرفه وعدم الخيانة ولذا لو قال للفضولي طلقها كان اجازة على ما هو الاوجه

تزوج هذه الأمة فتزوجها نكاحا فاسدا أو دخل بها فإنه يباع في المهر عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يؤخذ منه إلا بعد العتق
وأصله أن الإذن في النكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف إلى الجائز لا غير فلا يكون
ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما أن المقصود من النكاح في المستقبل الإعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف
لا يتزوج ينصرف إلى الجائز بخلاف البيع لأن بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرف وله أن اللفظ مطلق فيجري
على إطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء

ولذا قلنا أول المسألة في العبد إنه فضولي في الجملة وإذا كان حال العبد ذلك فإذا كان لفظ السيد أعني طلقها مما يحتمل الرد والإجازة واستعمل
فيهما كان ملاحظة حال العبد ظاهرا في قصد الرد ما لم يعلم قصد الإجازة بظاهر تقترن به أو نص آخر مثل أن يقول طلقها تطليقة
تملك الرجعة أو أوقع عليها الطلاق لأن الإيقاع والطلاق الذي تملك الرجعة بعده لا يقال إلا للمتاركة ولا في قصد الاستهزاء فيفيد قصد حقيقته
بخلاف طلقها فإنه قد يقال لمتاركة العقد الفاسد طلاقا مجازا فحصلت هذه المسألة متمسكا لأبي القاسم من قال بقوله والجواب أن لفظ الطلاق
الحر واستعمل كثيرا في المتاركة العقد الفاسد فكان ذكره ذكر لفظ مشترك من حيث الاستعمال بين الإجازة والرد بخلاف ما تقدم من نحو حسنا أو نعم
فإنه لم يستعمل للأمرين على السواء بل لظاهر منه الإجازة وحمله على الرد لا يتحقق إلا بواسطة جعله استهزاء وهو وإن كان النظر إلى حال العبد لا ينافيه
لكن ظاهر حال العاقل المسلم ينفيه لأن حقيقته فعل الجاهلين ولذا قال موسى عليه السلام في جواب قولهم أتتخذنا هزوا قال أعوذ بالله أن أكون
من الجاهلين فتعارض الظاهران وبقي نفس اللفظ بمفهوم يفيد الإجازة بلا معارض بخلاف مسألة الكتاب فإن نفس اللفظ يقال
للرد كما يقال لحقيقة الطلاق المستعقب لصحة النكاح ولذا لم يستعمل المقيد أعني قوله طلقة تملك الرجعة أو أوقع عليها في المتاركة جعل إجازة فوجب
ترجيح قول الفقيه وحسن معه ما لم يعلم قصد الاستهزاء لكن الصواب لم يوجبه إلا بأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح أفاده ثبوته اقتضاء فيورد عليه
طلب الفرق بينه وبين ما لو قال لعبده كفر يمينك بالمال أو تزوج أربعا لا يعتق مع أن كلا منهما لا يكون إلا للعبد الحر وأجيب بأن اقتضاء الأشياء
التي هي أصول لا تكون بطريق الاقتضاء كالحرية والأهلية المتحقق بالرق وليس ما نحن فيه كذلك لأن النكاح ثابت للعبد بطريق الأصالة لثبوته
تبعا للآدمية والعقل وإنما توقف لاستلزامه تعيب مال الغير فقوله طلقها رجعيا تضمن رفع المانع اقتضاء لإثبات ملك النكاح بطريق الأصالة ولكن
شرط العتق وقوله أعتق عبدك عني بألف يثبت به تحويل المملوكية إليه لا أصلها في العبد ومملوكيته في العبد أمر زائد على مملوكيته وعلى تقريرنا لا يحتاج
إلى تكلف هذا السؤال وجوابه ولو أذن له السيد بعد ما تزوج لا يكون إجازة فإن أجاز العبد ما صنع جاز استحسانا كالفضولي إذا وكل فأجاز
ما صنعه قبل الوكالة ولو كان العبد أو زوجه فضولي فأذن له مولاه في التزوج فأجاز ما صنعه الفضولي ولو باع السيد العبد بعد أن باشر بلا إذن
فللمشتري الإجازة وقال زفر يبطل وكذا لو مات السيد فورث العبد توقف على إجازة الوارث أما إن كانت أمة فتزوجت بلا إذن ثم مات المولى
فورثها من يحل له وطؤها بطل لطريان الحل النافذ على الموقوف وإن ورثها من لا يحل له وطؤها كأن ورثها جماعة أو امرأة أو ابن المولى وقد كان أبوه
وطئها توقف على إجازة الوارث وعلى هذا قالوا في أمة تزوجت بغير إذن مولاها فوطئها الزوج فباعها المولى فللمشتري الإجازة لأنه لا يحل
وطؤها لأن وطء الزوج يحرمها لأنها صارت معتدة فإذا حاضت بطل العقد فيحل للمشتري ولو كان الزوج لم يطأها بطل العقد بمجرد الشراء
لطريان الحل الثابت على الموقوف وقال زفر يبطل بالموت وبالبيع وأصله أن الموقوف على إجازة إنسان لا تحتمل الإجازة من غيره وعنده لا
إنما كان موقوفا على الأول فلا يفيد من الثاني قلنا إنما توقف على الأول لأن الملك له لا لأنه هو والثاني مثله في ذلك فالحاصل أنه دائر مع الملك
فينتقل بانتقاله **قوله** تزوج هذه الأمة التقييد بالأمة والإشارة اتفاقي فإن الحكم المذكور جار في الحرة وغير المعينة **قوله** وأصله أي الخلاف
الاختلاف في أن الإذن للعبد بالنكاح ينتظم الصحيح والفاسد عنده وعندهما يخص الصحيح والاتفاق على أن الإذن بالبيع يعم الصحيح والفاسد وعلى أن
التوكيل بالنكاح يختص بالصحيح فألحقناه بالتوكيل بالنكاح لأن علة الأصل تحصيل المقاصد في المستقبل من الإعفاف وغيره وذلك بالصحيح وكذا لو حلف لا يتزوج

ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما نذكره والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوية ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوية كما لا يسقط بالنكاح

ينصرف الى الجائز فلا يحنث بالفاسد لان المراد في المستقبل الحلف على الاعفاف وذلك بالصحيح بخلاف ما لو حلف ما تزوجت حيث يحنث بالفاسد لان المراد في الماضي العقد والحقة بالبيع بجامع ان بعض المقاصد حاصل من ثبوت النسب والعدة والنفقة وذلك يكفي لتصحيح التعميم واجراء اللفظ على اطلاقه فينبني على هذا الانزياح في المهر في الفاسد اذا دخل بها فيه عنده وعندهما لا وانه لا يجوز له ان يتزوج اخرى بعقد صحيح عنده لانتهاء الاذن بالفاسد وعندهما له ذلك لان الاذن لم ينته بذلك **قوله** ومسئلة اليمين على هذه الطريقة اي طريقة اجراء اللفظ على عمومه ممنوعة والطريقة الاخرى ان العبد في النكاح مبقى على الحرية لانه من خواص الآدمية والحاجة الى اذن السيد ليثبت المهر في رقبته ليس غير فكانه قال له اذا قال تزوج اشغل رقبتك بمهر وهذا يتحقق بمهر مثل في نكاح فاسد وبغيره وليست هذه الطريقة صحيحة لما سنذكر من ملك السيد اكراهه وعدم ملكه طلاقه واستقلال العبد بمكنه لدفع الضرر عن نفسه انه قد يعجز عن الامساك بالمعروف لتباين الاخلاق وغير ذلك فالمعول عليه طريق الاطلاق ويجاب عن مسئلة اليمين بان الايمان مبنية على العرف والعرف فيه الحلف على التزويج الذي هو طريق الاعفاف والتحصين وهو الصحيح لا الاعفاف بالفعل فبطل ما يقال الاعفاف باطني لا يوقف عليه فلا يلزم الصحيح ليظهر كون الحالف عليه والله اعلم **فروع** الاول تزوج العبد بلا اذن فطلقها ثلاثا ثم اذن له السيد فجدده عليها جاز بلا كراهة عند ابي حنيفة ومحمد ومع الكراهة عند ابي يوسف ره الثاني زوج بنته من مكاتبه ثم مات الاب لا يفسد النكاح عندنا الا ان عجز ورد في الرق وعند الشافعي ره يفسد للحال لملك زوجته شيئا منه ولذا يصح اعتاقها اياه وبدل الكتابة به لنا قلنا لم تملكه لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ما لم يعجز وعند ذلك قلنا لفساد النكاح وانما ملكت ما في ذمته من بدل الكتابة واما العتق فيه فلانه براءة عن بدل الكتابة او لانه لم يعتق الثالث اذا غر عبد بحرية امة فتزوجها على انها حرة فولدت فالولد عبد عند ابي حنيفة وابي يوسف ره وعند محمد حر بالقيمة كالمغرور الحر **قوله** ومن زوج عبدا ماذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة اسوة الغرماء اذا كان النكاح بمهر المثل او اقل فلو زوجها منها باكثر طولب بالزيادة بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض وهذا لوجود المقتضي وهو ملك الرقبة وانتفاء المانع وما يخال من انه ابطال لحق الغرماء في قدر المهر ليس به لان النكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا بل وضعه لقصد حل البضع بالملك ثم يثبت الملك ثم يثبت المهر حكما له بسبب لا مرد له وهو صحة النكاح لصدوره من الاهل في المحل ثم تلزمه بطلان حقهم في مقداره اذا كان مهر مثلها او اقل الخصوص امر واقع فهو لازم اللازم باتفاق الحال الا في نفس الامر فكان ضمنيا فلا يعتبر في اثباته ونفيه الا حال المتضمن له لا حاله وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة صح وكانت اسوة غرماء الصحة لما ذكرنا **قوله** ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها وكذا اذا زوج ام ولده ومدبرته وان شرط الزوج التبوية لانه شرط لا يقتضيه العقد على الامة غير ان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ومعنى التبوية ان يدفعها للزوج ولا يستخدمها فلو كانت تذهب وتجيء وتخدم المولى لا يكون تبوية وعند الشافعي ره واحمد ره يستخدمها نهارا ويسلمها للزوج ليلا وعند مالك ره يسلمها ليلة بعد ثلث قلنا ملك السيد ثابت في الرقبة ليلا ونهارا وفيما بعد الثلث والتبوية ابطال له فيكون ابطال لحق الاعلى بالادنى واقدام السيد على العقد لا يستلزم رضاه بالتبوية بل مجرد اطلاق وطيه اياها متى ظفر بها يتوفر مقتضاه وهذا القدر ثابت فاثبات القسم كذلك اثبات بلا دليل لا يقال ملك منافع بضعها لزمه تسليمها لانا نقول التسليم بالتخلية والتبوية امر زائد عليها والنفقة على المولى ما لم يبوئها واذا بوأها ثم بدا له ان يردها الى خدمته كان له ذلك وكلما بوأها وجبت نفقتها على الزوج وكلما اعادها سقطت فان قلت ما الفرق بين ان يشترط الزوج التبوية فيزوجه السيد على هذا الشرط ولا يلزم المولى التبوية وبين ان يشترط الحر المتزوج بامة رجل حرية اولاده حيث يلزم في هذه وتثبت حرية من تأتي

قال رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما

من اولاده وهذا ايضا شرط لا يقتضيه نكاح الامة فالجواب ان قبول المولى الشرط في التزويج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة وتعليق ذلك صحيح وعند وجود التعليق فيما يصح يمتنع الرجوع عن مقتضاه فتثبت الحرية عند الولادة جبرا من غير اختيار بخلاف اشتراط التبوئة فان تعليقها لا يقع لانه عند ثبوت الشرط بل يتوقف وجودها على فعل حسي اختياري من فاعل مختار فاذا امتنع لم توجد فالحاصل ان المعلق هنا وعد يجب الايفاء به غير انه لم يف به لا يثبت متعلقه اعني نفس الموعود به ولو طلقها بائنا وهي مبوأة تجب لها النفقة والعدة ولو لم تكن مبوأة من الابتداء او طلقها بعد رجوع السيد الى استخدامها لا تجب والمكاتبة كالحرة لزوال يد المولى وهي في يد نفسها فلها النفقة اذا لم تحبس نفسها ظلما **فرع** ولو جاءت الامة بولد فنفقته على مولى الامة لانه ملكه لا على الاب **قوله قال** اي صاحب الهداية ذكر اي محمد تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما اي لم يشترطه وهذا يرجع الى مذهبنا ان المذهب ان للمولى اجبارهما اي ان يعقد لهما فينعقد عليهما علما او رضيا او لا كاجبار الولي الصغيرة على ما سلف وعند الشافعي رحمه الله لا اجبار في العبد بل في الامة وهو رواية ذكرها عن ابي حنيفة رحمه الله صاحب الايضاح والطحاوي عن محمد وجعلها الوبري رواية شاذة للشافعي وجهان احدهما ان ما يتناوله النكاح لا يملكه المولى فعقده تصرف فيما لا يملكه فاشبه كالاجنبي وكتزويجه مكاتبته ومكاتبته بخلاف امته يملك ما يتناوله فيملك تمليكه ثانيهما انه لا يفيد اذ للعبد التطليق في الحال فلا يحصل المقصود ونحن نقول مناط نفاذ انكاحه عليه ملكه المقتضي لتمكنه من اصلاحه ورفع اسباب الهلاك والنقصان عنه وفي تزويجه ذلك لانه طريق تحصينه عن الزنى الذي هو طريق الهلاك او النقصان به او في ماليته بتعيبه فاما جعل مناطه ملك ما يتناوله النكاح وانما علة مساوية ينتفي بانتفائها الحكم فباطل لانها منتقضة طردا في الزوج يملك ما يتناوله النكاح من زوجته ولا يملك تمليكه وعكسا بالولي لا يملكه من موليته ويملك تزويجها واما نفي الفائدة فظاهر الانتفاء بل الظاهر عدم مبادرته للطلاق من وجهين احدهما ان عقد النكاح مما ترغب فيه النفس غالبا وتدعو اليه فالظاهر عدم طلب قطعه والثاني ان حشمة السيد في قلب عبده مانعة من اجترائه عليه بالمبادرة الى نقض ما فعله فكان الظاهر وجود الفائدة لا نفيها واما الحاقه بالمكاتب والمكاتبة فمع الفارق لانهما التحقا بالاحرار في التصرفات فلا ينفذ تصرفه عليهما الا برضاهما وعن هذا استغربت مسئلة نقلت من المحيط هي ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما ينبني على الكتابة ثم انها لو لم ترد حتى ادت فعتقت يبقى النكاح موقوفا الى اجازة المولى لا على اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة فاعتبر التوقف على اجازتها في حال قيامها لم يتغير بعد العتق كذا اورده الشارحون والذي يقتضيه النظر عدم التوقف على اجازتها بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح لما صرح به من انه اذا تزوج العبد بغير اذن سيده فاعتقه نفذ لانه لو توقف اما على اجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته واما على العبد فلا وجه له لانه صدر من جهته فكيف يتوقف عليه ولانه كان نافذا من جهته وانما توقف على السيد فكذا السيد هنا فانه ولي مجبر وانما التوقف على اذنها لعقد الكتابة وقد زال فبقي النفاذ من جهة السيد فهذا هو الوجه وكثيرا ما يقلد الساهون الساهين وهذا بخلاف الصبي اذا زوج نفسه بغير اذن وليه فانه موقوف على اجازة وليه فلو بلغ قبل ان يرده لا ينفذ حتى يجيزه الصبي لان العقد حين صدر منه لم يكن نافذا من جهته اذ لا نفاذ حالة الصبى وعدم اهلية الراي بخلاف العبد ومولى المكاتبة الصغيرة والحاصل ان الصغير والصغيرة ليسا من اهل العبارة بخلاف البالغ وسياتي زيادة في ذلك واما الاستدلال بقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وقدرته ابطال امضائه شيء

قال ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته والجامع ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه يعتبر في احكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله

فيكون متقيا وتضعيف لان المراد واحد منهم على شيء من المال ليساقه في مقابلة ومن رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا وجهرا هل يستوون والعبد بانه يملك الطلاق وهو شيء ليس بمال **قوله** ومن زوج امته ثم قتلها الخ السيد في تزويجه مكاتبته لا يستحق المهر بل المكاتبة وفي تزويج امته هو المستحق لها فلو قتلها قبل الدخول سقط عند ابي حنيفة رحمه الله عن الزوج حتى لو كان المولى قبضه يرده وعليه وقالا لا يسقط والاتفاق على عدم سقوطه بقتله اياها بعد الدخول وبقتل اجنبي وقتل المولى زوجها وموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله ولو ماتت حتف انفها لم يسقط بل يتقرر بالموت اذ به ينتهي العقد وبانتهاء العقد يتقرر البدل فلا يسقط بقتله اياها بعد لزومه وكقتل الاجنبي اياها ولابي حنيفة رحمه الله انه منع المبدل قبل التسليم والتسلم فيجازى بمنع البدل اذا كان من اهل المجازات كما لو ارتدت الحرة قبل الدخول او قبلت ابن الزوج والقتل وان كان موتا لكنه جعل في احكام الدنيا اتلافا حتى وجب به القصاص والدية والضمان فيما لو ذبح شاة غيره وان كان قد اماتها وقد ثبتت احكامها كذلك في حق المولى حتى لزمته الكفارة في الخطاء وانما سقطت الدية والقود للاستحالة ولهذا لو كانت الامة رهنا عند انسان فقتلها سيدها الراهن ضمن قيمتها ولو لم يكن من اهل المجازاة بان كان صبيا زوج امته وصيه مثلا فالواجب ان لا يسقط في قول ابي حنيفة رحمه الله بخلاف الحرة الصغيرة اذا ارتدت يسقط مهرها لان الصغيرة العاقلة من اهل المجازاة على الردة بخلاف غيرها من الافعال لانها محظورة والردة محظورة عليها الا الامة فلا رواية في ردتها واختلف المشائخ قيل لا يسقط لان المنع هو المسقط لم يجئ ممن له الحق وهو المولى وقيل يسقط لان المهر يجب اولا لها ثم ينتقل الى المولى بعد الفراغ عن حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف اليه وحاصل الخلاف الاختلاف في وجود سبب السقوط فعنده وجد وعندهما لم يتحقق فبقي وجوبه السابق على حاله **قوله** وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها فلها مهر مثلها يستحقه ورثتها خلافا لزفر رحمه الله ولم يحك خلاف زفر في المبسوط بل خلاف الشافعي وهو قول له وقوله الآخر السقوط وانما قيد بالحرة لان في قتل الامة نفسها روايتين عن ابي حنيفة رحمه الله في رواية لا يسقط كالحرة بل اولى لان المهر لمولاها لا لها وهو لم يباشر منع المبدل وهو قولهما وقول مالك رحمه الله وقول الشافعي رحمه الله في رواية يسقط وهو مذهب الشافعي رحمه الله لان فعل المملوك يضاف الى مالكه في موجبه ولذا لو قتلت غيرها كان المخاطب بدفعها او فدائها المولى فكان في الحكم كقتل المولى لها والاوجه ما ذكر في وجه قول من قال من المشائخ في ردتها بالسقوط وهو ان المهر يجب اولا لها ثم ينتقل الى المولى وفائدة الاولوية ما ذكرنا انه اذا كان عليها دين قضى ولم يعط المولى الا ما فضل لزفر القياس على ردتها الاتفاقية وقتل المولى امته على قول ابي حنيفة رحمه الله والجامع بين المقيس هو قتلها نفسها والمقيس عليه وهو ردتها ما بيناه من منع المبدل قبل التسليم ولنا ان جناية المرء على نفسه هدر في احكام الدنيا انما يؤاخذ به في الآخرة ولذا قال ابو حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله في قاتل نفسه يغسل ويصلى عليه لم يعتبره باغيا على نفسه بخلاف ردتها فانها معتبرة في احكام الدنيا حتى حبست بها وعزرت وانفسخ نكاحها فسقط بها المهر بخلاف قتل المولى امته لانه اعتبر في احكام الدنيا حتى وجبت عليه الكفارة ولو سلم فقتلها نفسها تفويت بعد الموت وبالموت صار المهر للورثة فلا يسقط بفعلها حق غيرها اما الامة فمهرها ملك المولى فكان فعلها ابطالا لحق نفسه وهو يملكه كمن قال لغيره اقتل عبدي فقتله لا يجب عليه قيمته ولو قال الحر اقتلني فقتله كان على القاتل الدية لانه في الاول بحق نفسه وفي الثاني مبطلا لحق الورثة واستشكل بالحرة بقتلها وارثها لا يسقط المهر واجيب بانه صار محروما بالقتل فلم يكن بالقتل مبطلا حق نفسه في المهر **قوله** واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله العزل جائز عند عامة العلماء وكرهه قوم من الصحابة رضي الله عنهم لما في مسلم من حديث عائشة رضي الله عنها عن جذامة بنت وهب اخت عكاشة قالت حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم في اناس فسألوه عن العزل فقال ذلك الوأد

وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الاذن اليها لان الوطي حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارق الحرة

الخفي وكذا ذكر شعبة عن عاصم عن زر عن ابن مسعود موقوفا قال هي الموؤدة الصغرى وصح عن ابي امامة انه سئل عنه فقال ما كنت ارى مسلما يفعله وقال نافع عن ابن عمر ضرب عمر على العزل بعض بنيه وعن عمر وعثمان انهما كانا ينهيان عن العزل والصحيح الجواز ففي الصحيحين عن جابر كنا نعزل والقرآن ينزل وفي مسلم كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينهنا وفي السنن عن ابي سعيد الخدري ان رجلا قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لي جارية فانا اعزل عنها وانا اكره ان تحمل وانا اريد ما يريد الرجال وان اليهود تحدث ان العزل الموؤدة الصغرى قال كذبت يهود لو اراد الله ان يخلقه ما استطعت ان تصرفه وفي صحيح مسلم عن جابر قال سأل رجل النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان عندي جارية وانا اعزل عنها فقال صلى الله عليه وسلم ان ذلك لا يمنع شيئا اراده الله فجاء الرجل فقال يا رسول الله ان الجارية التي كنت ذكرتها لك قد حملت فقال صلى الله عليه وسلم انا عبد الله ورسوله فهذه الاحاديث ظاهرة في جواز العزل وقد روي عن عشرة من الصحابة علي وسعد بن ابي وقاص وزيد بن ثابت وابي ايوب وجابر وابن عباس والحسن بن علي وخباب بن الارت وابي سعيد الخدري وعبد الله بن مسعود وروي ايضا عن ابن عباس وحديث السنن يدفع حديث جذامة وهو وان كان في السنن فهو حديث صحيح وان وقع فيه اختلاف عن يحيى بن ابي كثير فقيل فيه عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر وقيل فيه عن ابي مطيع بن رفاعة وقيل عن رفاعة وقيل عن ابي سلمة عن ابي هريرة فان الطرق كلها صحيحة وجاز ان يكون الحديث عند يحيى من حديث الكل بهذه الطرق لكن يبقى انهما اذا تعارضا يجب ترجيح حديث جذامة لانه يخرج عن الاصل الذي هو الاباحة الاصلية الا ان كثرة الاحاديث تدل على اشتهاره فيه وقد اتفق عمر وعلي على انها لا تكون موؤودة حتى تمر عليها التارات السبع اسند ابو يعلى وغيره عن عبيد بن رفاعة عن ابيه قال جلس الى عمر علي والزبير وسعد في نفر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فتذاكروا العزل فقالوا لا بأس به فقال رجل منهم انهم يزعمون انها الموؤدة الصغرى فقال علي لا تكون موؤودة حتى تمر عليها التارات السبع حتى تكون سلالة من طين ثم تكون نطفة ثم تكون علقة ثم تكون مضغة ثم تكون عظاما ثم تكون لحما ثم تكون خلقا آخر فقال عمر صدقت اطال الله بقاك وفيه خلاف ما عن علي وعمر من النهي المتقدم ثم في بعض اجوبة المشايخ الكراهة وفي بعضها عدمه ثم على الجواز في امته لا يفتقر الى اذنها وفي زوجته الحرة يفتقر الى رضاها وفي منكوحته الامة يفتقر الى الاذن والخلاف في انه للسيد او لها وهي هذه المسئلة وفي الفتاوى ان خاف من الولد السوء في الحرة يسعه العزل بغير رضاها لفساد الزمان فليعتبر مثله من الاعذار مسقطا لاذنها ثم في بعض نسخ الهداية وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو الموافق لما ذكر صدر الشهيد والعتابي وفي بعضها وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وهي النسخة الصحيحة لانه لم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية بل ذكر الجواب في الجامع الصغير انه للمولى من غير حكاية خلاف وبقرينة قوله في وجه قول ابي حنيفة وجه ظاهر الرواية وجه المروي عنهما ان الوطي حقها حتى ان لها المطالبة به وفي العزل تنقيصه فيشترط رضاها به كالحرة وجه الظاهر ان حقها في نفس الوطي وقد تادى بالجماع فان قضاء الشهوة به واما سفح الماء فانما فائدته الولد والحق فيه لمولاها لانه عبده ومستفاده فيشترط اذنه ثم اذا عزل باذن او بغير اذن ثم ظهر بها حبل هل يحل نفيه قالوا ان لم يعد اليها او عاد ولكن بال قبل العود حل نفيه وان لم يبل لا يحل كذا روي عن علي رضي الله عنه لان بقية المني في ذكره يسقط فيها ولذا قال ابو حنيفة رحمه الله فيما اذا اغتسل من الجنابة قبل البول ثم بال فخرج المني وجب عليه اعادة الغسل وفي فتاوى قاضيخان رجل له جارية غير محصنة تخرج وتدخل ويعزل عنها المولى فجاءت بولد واكبر ظنه انه ليس منه كان في سعة من نفيه وان كانت محصنة لا يسعه نفيه لانه ربما لا يعزل فيقع الماء في الفرج الخارج ثم يدخل فلا اعتماد على العزل لو كان الزوج عنينا قالوا الخصومة للمولى او لها على الخلاف وهل يباح الاسقاط بعد الحبل يباح ما لم يتخلق شيء منه

وإن تزوجت بإذن مولاها ثم أعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها أو عبدا لقوله عليه السلام لبريرة حين أعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي رحمه الله يخالفنا فيما إذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولأنه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات فتملك رفع أصل العقد دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة يعني

هو منع قالوا ولا يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوما وهذا يقتضي أنهم أرادوا بالتخليق نفخ الروح وإلا فهو غلط لأن التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة

قوله وإذا تزوجت أمة بإذن مولاها أو زوجها برضاها أو بغير رضاها ثم أعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها أو عبدا أما إذا زوجت نفسها بغير إذنه ثم أعتقها فسيأتي أنه ينفذ النكاح بالإعتاق ولا خيار لها والشافعي يخالفنا فيما إذا كان زوجها حرا فلا خيار لها وهو قول مالك ومنشأ الخلاف الاختلاف في ترجيح إحدى الروايتين المتعارضتين في زوج بريرة هل كان حين أعتقت حرا أو عبدا وفي ترجيح المعنى المعلل به أما الأول فثبت في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم خيرها وكان زوجها عبدا رواه القاسم ولم تختلف الروايات عن ابن عباس رضي الله عنه أنه كان عبدا وثبت في الصحيحين أنه كان حرا حين أعتقت وهكذا روي في السنن الأربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح والترجيح يقتضي في رواية عائشة رضي الله عنها ترجيح أنه كان حرا وذلك أن رواة هذا الحديث عن عائشة رضي الله عنها ثلاثة الأسود وعروة والقاسم فأما الأسود فلم يختلف فيه عن عائشة أنه كان حرا وأما عروة فعنه روايتان صحيحتان إحداهما أنه كان حرا والأخرى أنه كان عبدا وأما عبد الرحمن بن القاسم فعنه روايتان صحيحتان إحداهما أنه كان حرا والأخرى الشك وتوجه آخر من الترجيح مطلقا الأخص بالمروي فيه عن عائشة وهو أن رواية خيرها صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا يحتمل كون الواو للعطف فيه لا للحال وحاصلها إخبار بأمرين وكونه اتصف بالرق لا يستلزم كون ذلك كان حال عتقها فبعد احتمال أن يراد بالعبد العتيق مجازا باعتبار ما كان وهو شائع في العرف والذي لا مرد له من الترجيح أن رواية كان حرا نص من كان عبدا لما علمنا به من زيادة فهي صالح أيضا فهي مثبتة وتلك نافية للعلم بأنه كان حالته الأصلية الرق والنافي هو المبقيات والمثبت هو المرجح عندنا وأما المعنى المعلل به فقد اختلف فيه فالشافعي رحمه الله وغيره عينوه عدم الكفاءة وهو ضعيف فإن ثبوتها إنما يعتبر في الابتداء لا في البقاء ألا يرى أنه لو اعتبر الزوج في البقاء والتحق لا يثبت لها الخيار وأصحابنا تارة يعللونه بزيادة الملك عليها لأنها كانت بحيث تخلص بثنتين فزاد الملك عليها وهذا من رد المختلف إلى المختلف فإن الطلاق عند الشافعي بالرجال لا بالنساء وكأنه اعتماد على إثبات الأصل المختلف فيه أورد أنه دفع ضرر بإثبات ضرر وهو رفع أصل العقد وأجيب بأنها لا تمكن الأب مع أنه رضي به حيث تزوج أمته مع علمه بأنها قد تعتق ثم إنه استضعف بأن عدم ملكه الثالثة لا يستلزم نقصان مملوكيتها ولا ملكه الثالثة يستلزم طولها فقد تطول مملوكيتها مع ملكه ثنتين بأن لا يطلقها أصلا إلى الموت فلا حاصل لذلك وتارة بعلة منصوصة وهي ملكت بضعها روى أبو بكر الرازي بسنده إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لها حين أعتقت ملكت بضعك فاختاري وروى ابن سعد في الطبقات أخبرنا عبد الوهاب بن عطاء عن داود بن أبي هند عن عامر الشعبي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما أعتقت اذهبي فقد عتق بضعك منك فاختاري وهذا مرسل وهو حجة وأخرج الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما أعتقت اذهبي فقد عتق بضعك منك وليس لقوله ذلك فائدة فيما يظهر إلا التنبيه على ثبوت اختيارها نفسها وقد جاء في بعض طرق حديث بريرة أنه صلى الله عليه وسلم قال لها ملكت نفسك فاختاري فقد تظافرت هذه الطرق على هذه العلة وإذن فالواجب أن تكون هي المعتبرة ويكون ما ذكره من التعليل بزيادة الملك إظهار حكمة هذه العلة المنصوصة ومقتضاها ثبوت الخيار لها فيما إذا كان زوجها حرا أو عبدا وفيما إذا كانت مكاتبة عتقت بأداء الكتابة لبيان زوجها سيدها برضاها أو بغيره وخالف زفر رحمه الله في المكاتبة وهي المسألة التي تلي هذه في الكتاب واستدل بأن العقد نفذ برضاها فلا خيار لها ولو صح لزم أن سيد الأمة لو زوجها برضاها ثم عتقت أن لا خيار لها وليس بصحيح والأوجه في استدلاله أن النص لم يتناولها وهو قوله عليه السلام ملكت بضعك فاختاري

اذا تزوجت باذن مولاها ثم عتقت وقال زفر رحمه الله لا خيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد الملك وقد وجدناها فى المكاتبة لان عدتها قرءان وطلاقها ثنتان وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم عتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق فان كانت تزوجت بغير اذنه على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا لا يجب مهر آخر بالوطء فى نكاح موقوف لان العقد قد اتحد

والمكاتبة كانت مالكة لبضعها قبل العتق واجيب بالمنع لان ملك البضع تابع لملك نفسها ولم تكن مالكة نفسها وانما كانت مالكة لاكسابها فان قيل ان يقول قوله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك ليس معناه الا منافع بضعك اذ لا يمكن ملكها العينه وملكها الاكتساب تابع لملكها المنافع نفسها واعضائها فيلزم كونها مالكة لبضعها بالمعنى المراد قبل العتق فلم يتناولها النص وترجح قول زفر وفى المبسوط لو كانت حرة فى اصل العقد ثم صارت امة بان ارتدت امرأة مع زوجها ولحقا بدار الحرب معا ثم سبيا معا ثم عتقت فلها الخيار عند ابى يوسف رحمه الله لانها بالعتق ملكت نفسها وازداد ملك الزوج عليها وقال محمد رحمه الله لا خيار لها لان باصل العقد ثبت عليها ملك كامل برضاها ثم انتقض الملك لعارض الرق فاذا اعتقت عاد الملك الى اصله كما كان فلا يثبت الخيار لها **قوله** وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح اى نفذ بمجرد العتق ولا فرق بين الامة والعبد فى هذا الحكم وانما فرضها فى الامة ليترتب عليها المسئلة التى تليها تفريعا عن زفر رحمه الله انه يبطل النكاح لان توقفه كان على اجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره ولا يمكن ابقاؤه موقوفا على اجازته بعد بطلان ولايته واذا بطل تنفيذه وتوقفه لزم بطلانه بالضرورة واذا اسرتوجها كما اذا اشتريت ثم اعتقت يبطل ولا يتوقف لما قلنا من عدم امكان القسمين ولنا ان الامة والعبد من اهل العبارة ولذا صح اقرارهما فى الدم وبطلانه بعد العتق واهلية العبارة من خواص الآدمية وهى مبقاة فيهما على اصل الحرية وامتناع النفوذ لحق المولى قد زال بالعتق وحاصله ان التوقف من حيث يجب ان ينفذ من جهة المولى ما دام حقه فاذا زال بقى النفاذ من غير جهته توقف اما البطلان فيما ذكر فلبس كما قال بل المسموع تحول حكم العقد الواحد فانه العقد موجب الملك للمولى لو نفذ بعد عتقها كان موجبا الملك لها وقد ورد على التعليل النقض بصور هى لو تزوج بغير اذن مولاه ثم اذن لا يجوز ذلك النكاح حتى يجيز ما صنع واما اذا زوج فضولى شخصا ثم وكله توقف على اجازة الفضولى بعد الوكالة واما اذا زوج ولى ابعد مع وجود الاقرب ثم غاب الاقرب او مات فتحولت الولاية الى المزوج توقف على اجازته مستانفة منه وكذا لسيد المكاتبة الصغيرة اذا زوجها بلا اذنها توقف على اجازتها فان اذن ثم عتقت لا يجوز ذلك النكاح الا باجازة مستقلة من السيد مع انه المزوج اجيب عن الاول والثانى بان الاذن والتوكيل فك الحجر بالنسبة الى المستقبل من وقتهما فلا يعملان فيما انبرما قبلهما كان مقتضى هذا ان لا يجيزها الاجازة ايضا الا انا استحسنا وعن الثالث بان الابعد لم يكن وليا حين تزوج ومن ليس وليا فى شئ ان يأتى فى عواقبه ويحكم الرأى فيه بل شيوا اتكالا على رأى الاقرب فلم يكن النكاح على الوجه الاصلح ظاهرا فيجب توقيفه على اجازته بعد صيرورته وليا ليثبت ظهور كونه اصلح قال فى الفوائد الظهيرية وبهذا الحرف يقع الانفصال عن النقض الرابع يعنى سيد المكاتبة الصغيرة وقد يفرق بان المولى الابعد انما يظهر فيه ترك النظر بعد تسليم ظهوره فيه لاعتماده على رأى الاقرب اما هنا فلا يتجه اعتماد المولى على رأى الصغيرة فيترك النظر فكان الظاهر التعلل منه لظهوره من مجرد الدين والنيبة الخاصة من غير ما يوجب بطلان ظهوره فيه فيجب الحكم بالنفاذ بالعتق على ما قدمناه من النظر ودوعدناه من الزيادة ويجب لها خيار البلوغ **قوله** ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق وخيار العتق انما شرع فى نكاح نافذ قبل العتق لرفع زيادة الملك فلا تتحقق زيادة لذلك واورد ينبغى ان يثبت لها الخيار لان بالاستناد يظهر ان النفاذ قبل العتق والجواب ان الشئ يثبت ثم يستند الى ثبوته كان بعد العتق فانتفى الخيار معه **قوله** فان كانت تزوجت على الف ومهر مثلها مائة فانه نص على زيادة المسمى على مهر المثل لجواب على التفصيل ان دخل بها قبل العتق فالمهر للسيد لانه استوفى منافع مملوكة له او بعده فلها لانه استوفى منافع لها ولو كان بالعكس ان فى الوطء قبل العتق مهر المثل للسيد لعدم صحة التسمية حيث كان دخولا فى نكاح موقوف وهو كالفاسد حيث لا يحل الوطء فيه فوجبت قيمة البضع

باستناد النفاذ فلا يوجب الا مهرا واحدا ومن وطئ امة ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب ووجهه ان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء غير ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى بقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين ان الوطي يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم التي بعقبه والمسئلة معروفة

منافعه المملوكة للسيد فلا تجب الزيادة لها على هذا خلافا لما قيل والزيادة لها لان الزيادة انما تثبت باعتبار صحة التسمية وهذا التوجيه على اعتبار عدمها والثابت بهذا الاعتبار ليس الا مهر المثل وهو كله للسيد ثم اذا اعتقت ووطئت يجب المسمى لها لانه صح لصحة العقد فيجب مهران المسمى ومهر المثل لكن انهدم ذلك كله بسبب استناد النفاذ لان النافذ ليس الا ذلك العقد وحين صح العقد لزم صحة التسمية فيلزمه بطلان لزوم مهر المثل لانه لا يجب معه لا يقال فيجب ان يكون المهر في الوجهين لها لانه بالاستناد صارت مالكة لمنافع بضعها من وقت العقد لانا نقول الاستناد يظهر في القائم لا في الفائت ومنافع البضع فاتت لحين فاتت كانت على ملك المولى فكان بدلها له وقد يورد فيقال لو استند الى اصل العقد يجب كون المهر للمولى كما لو تزوجت باذن المولى ولم يدخل بها حتى اعتقها وهو بمعزل عن صورة المسئلة فانها النفاذ بالعتق وبه يملك منافعها بخلاف النفاذ بالاذن ثم هذا اذا كانت الامة كبيرة فان كانت صغيرة فاعتقها يبطل النكاح عند زفر وعندنا يتوقف على اجازة المولى ان لم يكن لها عصبة سواه فاذا اجاز جاز فاذا بلغت بعد ذلك فلها خيار البلوغ الا اذا كان المجيز اباها او جدها وقدمنا في باب الاولياء انه يستغنى بخيار الادراك عن خيار العتق لانه المتجدد **قوله** ولهذا اي ولاجل النفاذ بالاستناد لم يجب مهر آخر اي مهر المثل بالدخول في نكاح موقوف وقد ذكرناه **قوله** ومن وطئ جارية ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها

ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب وليس عبدا ولا مكاتبا ولا كافرا ولا مجنونا فان كان الاب واحدا من هؤلاء لم تصح الدعوة لعدم الولاية ولو افاق المجنون ثم ولدت لاقل من ستة اشهر صح استحسانا لا قياسا ولو كان من اهل الذمة الا ان ملتهما مختلفة جازت الدعوة من الاب ويشترط ايضا كون الامة في ملك الابن من وقت العلوق الى الدعوة فلو حبلت في غير ملكه او فيه واخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لم تصح الدعوة لان الملك انما يثبت بطريق الاستناد الى وقت العلوق فيستدعي قيام ولاية التملك من حين العلوق الى التملك ولا يشترط في صحتها دعوى الشبهة ولا تصديق الابن ودعوة الجد لاب كالاب ولا تصح دعوة الجد لام اتفاقا ويشترط في دعوة الجد لاب ان يكون حال عدم ولاية الاب لموت وجنون او رق او كفر وان تثبت ولايته من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو اتت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت انتقال الولاية اليه لم تصح دعوته لما قلنا في الاب **قوله** ووجهه اي وجه هذا المجموع ان للاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى بقاء نفسه لما سنذكره فكذا الى صون نسله لان كنفسه اذ هو جزؤه لكن الحاجة الى ابقاء النفس اشد منها الى حفظ النسل فلذا يتملك الطعام بغير قيمة والجارية بالقيمة ويحل له الطعام عند الحاجة ولا يحل له وطي جارية ابنه عند الحاجة اليه عند الائمة الا ما نقل عن مالك بن انس وابن ابي ليلى يجبر الابن على الاتفاق عليه بان دفع الجارية اليه للتسري فالتملك جائز له والقصور اوجبنا عليه القيمة مراعاة للحقين وتحصيلا للمقصودين مقصود الاب والابن اذ البدل يقوم مقام المبدل ولا مهر عليه وهو مهر مثلها في الجمال اي ما يرغب فيه في مثلها جمالا لا النقط واما ما قيل ما يستاجر به مثلها للزنى لو جاز فليس معناه بل العادة انما يعطى لذلك اقل مما يعطى مهرا لان الثاني للبقاء بخلاف الاول والعادة زيادة عليه خلافا لزفر والشافعي فانهما يوجبان العقر عليه لثبوت ملكه فيها قبل الوطي شرطا لصحة الاستيلاد عندنا وعنده قبيل العلوق لان ثبوته ضرورة صيانة الولد وهي مندفعة باثباته كذلك دون اثباته قبل الوطي قلنا الازم كون الفعل زنا ضياع الماء فلو لم يتقدم عليه ثبت الزنا لاستحالة ثبوت اللزوم دون لازمه الشرعي والا فلا لزوم فظهر ان الضرورة لا تندفع الا باثباته قبل الايلاج بخلاف ما لو لم تحبل حيث يجب العقر ولو كانت مشتركة بين الاب والابن او غيره تجب حصة الشريك الابن او غيره من العقر وقيمة باقيها اذا حبلت لعدم تقدم الملك في كلها لانتفاء موجبه وهو صيانة النسل اذ ما فيها من الملك لم يكفي لصحة الاستيلاد واذا صح ثبت الملك في باقيها حكما له لا شرطا ثم مقتضى قولهم لان لا تجب

قال ولو كان الابن زوجها اباه فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه في ولدها وعليه المهر لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لخلوها عن ملك الاب الا يرى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة فاذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولد له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملكه اخوه فعتق عليه بالقرابة **قال** واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وقال زفر رحمه الله لا يفسد واصله انه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المأمور لانه طلب ان يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين

قيمة الولد بلا تردد كقولنا لكن في قول يجب ولا يحد اتفاقا لان شبهة الخلاف في ان الملك يثبت قبل الايلاج او بعده يسقط احصانه **قوله** ولو كان الابن زوجها اي زوج امته اباه فولدت منه لا تكون ام ولد للاب ولا قيمة عليه للابن وعليه المهر له والولد حر وهذا لانه صح النكاح خلافا للشافعي رحمه الله لان عنده لا يجوز تزوج الاب جارية الابن ومبنى الخلاف فيه ان الثابت للاب في جارية ابنه حق ملك عنده فيمتنع تزوجها اياه كامته المكاتبة والامة المشتركة وحق التملك عندنا من وجه واستدل عليه بانه اي الابن يملك من التصرفات فيها ما لا يبقى معه ملك الاب ولو قال ما لا يجامعه ملك الاب كان اولى فلا يكون للاب فيها ملك من وجه فهذه التصرفات هي وطيه اياها وانفراده بتزويجها واعتاقها من غير ان يضمن للاب شيئا فهذه لوازم الكرية من كل وجه وعدم ملك الاب من كل وجه فاذا ثبتت هذه الاحكام اجماعا لزم كون المراد بما رواه الامام احمد وابن ماجه اثبات حق التملك لا حق الملك وهو لا يمنع صحة النكاح الا يرى ان الواهب يملك التزوج بالموهوبة وله حق تملكها بالاسترداد واصل الحديث في السنن من رواية عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وان والدي يحتاج الى مالي قال انت ومالك لوالدك ان اولادكم من اطيب كسبكم فكلوا من كسب اولادكم وكذا ما روي فيه عن حديث عائشة رضي الله عنها عنه صلى الله عليه وسلم ولد الرجل من كسبه من اطيب كسبه فكلوا من اموالهم مسافة بجعل الاكل فان قيل لا نسلم ان حل الوطي وما معه دليل الملك من كل وجه لثبوت ذلك في ام الولد والمدبرة مع عدمه بدليل عدم اجزائهما عن الكفارة قلنا بل هما مملوكتان من كل وجه وعدم الاجزاء لانعقاد سبب الحرية فيهما فكان نقصانا في رقهما لا في ملك السيد هذا على ان المجاز لابد منه في التركيب لانه اضاف المال للابن بقوله ومالك وهو يفيد الملك لانه حقيقة الاضافة في مثله ثم اضافه مع الابن للاب باللام المفيدة للملك في مثله والعطف عطف مفرد ولا يمكن حقيقة الملك في الابن فلزم في المال ايضا نفي حقيقة الملك والا كانت اللام للنسبتين مختلفتين في الاطلاق واذا بقي تعيين المعنى المجازي هو حق او حق التملك فقد يقال حق الملك اقرب الى الحقيقة والمجاز الاقرب اليها اولى لكن الاحكام التي ذكرناها تمنع حق الملك لانه ملك من وجه وهي تمنعه واذا لم يكن فيها حق الملك جاز النكاح وبه يصير ماؤه مصونا فلا يصير بها ام ولد للاب ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولده حر لانه ملكه اخوه فيعتق عليه وما عن زفر لانها تكون ام ولد له لانها لما كانت ام ولد له بالفجور لان التزويج فيها اولى بالحمل بعد عدم وجه هذه فان امومية الولد فرع لملك الامة وملكها ينافي النكاح انما يصح تفريعا على عدم صحة النكاح **قوله** واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وكذا اذا كانت الامة تحت حر فقال لسيدها ذلك فسد نكاحه وقال زفر رحمه الله لا يفسد واصل الخلاف ان العتق فيه يقع عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يسقط عنه وعنده يقع عن المأمور لانه طلب ان يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فيقع عن المأمور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء والمقتضي هو تصحيح كلام صون له عن اللغو والالغاء منه بخلاف ما لو قال لعبده اعتق هذا العبد عن كفارة يمينك لا يعتق المخاطب تصحيحا لكلام السيد لان الحرية اصل للتكفير بالمال واصل الشيء لا يكون تبعا للفرع ولو ثبت اقتضاء لصار تبعا له فامتنع لذلك لا يقال ملك الآمر ملك غير مستقر ومثله لا يوجب انفساخ النكاح كالوكيل اذا اشترى زوجته لموكله لا يفسد نكاحه مع ثبوت الملك له اولا لانا نقول الملك ملزوم للانفساخ فاذا ثبت ثبت الا يرى ان من قال لامرأته اذا اشتريتك فانت حرة فاشتراها عتقت وفسد النكاح مع عدم استقرار ملكه وعدم الانفساخ في مسئلة الوكيل لعدم ثبوت الملك له بل ابتداء يثبت للموكل في الصحيح كالعبد يثبت فيه الملك لمولاه ابتداء وان ثبت للوكيل لكنه مشغول بحق الموكل حال ثبوته ومثله لا يوجب الفساد لعدم ثبوته له

ولو قال لعبده اعتق عبدك عني ولم يسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يجوز اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسئلة الفقير ينوب عن الآمر في القبض اما العبد فلا يقع في يده شيء

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة وفي الوجه الثاني كما قال زفر رحمه الله له ان الخطاب عام على ما مر من قبل فيلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيه ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات

ثبوت اللزوم فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف وامره باعتاقه عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ضمنا للاعتاق لصريح الواقع جوابا وانما لو صرح بالبيع فقال بعتك واعتقته لا يقع عن الآمر بل عن المامور فيثبت البيع ضمنا في هذه المسئلة ولا يثبت صريحا كبيع الاجنة في الارحام وهذا لان الثابت مقتضى يعتبر فيه شروط المتضمن لا شروط نفسه وشرط العتق الاهلية بالملك والعقل وعدم الحجر وهو ثابت في المامور فاذا صرح يثبت بشرط نفسه والبيع لا يتم الا بالقبول ولم يوجد فيعتق عن نفسه **قوله** ولو قال ما تقدم كان اذا ذكر مالا مع الامر فلو اقتصر على قوله اعتقه عني ففعل المامور فعند ابي يوسف رح يقع عن الآمر ويتضمن الهبة ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ففعل يسقط عن الآمر مع انه لا قبض نيابة وعندهما عن المامور وحاصل وجههما ان فيه شرطا لا يمكن اثباته اقتضاء وهو القبض لانه فعل حسي غير القول والفعل الحسي لا يوجد في ضمن القول ففعل اليد الذي هو الاخذ لا يتصور ان يتضمنه فعل اللسان فيكون موجودا بوجوده بخلاف القول فانه يتضمن قول آخر ويعتبر مرادا معه وهذا ظاهر وقول ابي اليسر قول ابي يوسف اظهر لا يظهر بخلاف ما قاس عليه لان الفقير يكون نائبا عن الآمر فيكون قابضا له ثم بالاستيفاء يصير قابضا لنفسه اما العبد فلا يقع في يده شيء بالعتق ليمكن اعتباره قابضا نيابة اولا بل العتق تلف ماليته

باب نكاح اهل الشرك لما فرغ من نكاح المسلمين مرتبة من الاحرار والارقاء شرع في بيان نكاح الكفار مطلقا كتابيين او غيرهم وهو المراد باهل الشرك اما تغليبا واما ذهابا الى ان اهل الكتاب داخلون في المشركين على ما اختاره بعض الصحابة وقدمناه في فصل المحرمات واما اطلاقا للشرك عليهم باعتبار قول طائفة منهم عزير ابن الله والمسيح ابن الله تعالى الله تعالى رب العزة والكبرياء وقدمنا انه انما اعقب باب المهر بفصل مهور الكفار ثم الباب المهر تبعا فاعلم ان كل نكاح صحيح في حق المسلمين فهو صحيح اذا تحقق بين اهل الكفر لتنافي الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة فحيث وقع من الكفار على وفق الشرع العام وجب الحكم بصحته وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك وانما يصح انكحتهم بناء على تناول الخطاب العام اياهم مع تلزومية انكحتهم لعدم بعض الشروط كالولاية وشهادة المسلمين واستشكل بعض المالكية لثبوت ولاية الكافر على الكافر ولعدم اشتراط الشهادة في العقد عندهم قال ولو قلنا انها شرط فاذا عقده جماعة من المسلمين ينبغي ان يصح لكنهم يطلقون عدم الصحة وقال فينبغي ان يقال ما صادف شروط الصحة فهو صحيح وبالافساد لنا قوله تعالى وامرأته حمالة الحطب وقوله صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من سفاح واسلم فيروز على اختين فقال له صلى الله عليه وسلم اختر احديهما واسلم ابن غيلان على عشر فقال له صلى الله عليه وسلم امسك اربعا الحديث ومن حين ظهرت دعوته صلى الله عليه وسلم والناس يتواردون الاسلام الى ان توفي صلى الله عليه وسلم على ما قيل عن سبعين الف مسلم غير النساء فلم ينقل قط ان اهل بيت جددوا انكحة بطريق صحيح ولا ضعيف ولو كان لنقلت العادة ونقله فعلم انه قول باطل **قوله** واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين اي النكاح بغير شهود وفي عدة كافر الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام او المرافعة الى الحكام فالواو بمعنى او وقال ابو يوسف ومحمد رح في الوجه الاول وهو النكاح بلا شهود كما قال ابو حنيفة رح وفي الوجه الثاني وهو ما في عدة كافر كما قال زفر رح ان الخطابات عامة على ما مر في فصل الذي يلي باب المهر من وجوب ثبوت الحكم على العموم لعموم الخطاب وهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها وانما لا نتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق لقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله وليادة هو الفرق ان نكاح المعتدة مجمع على بطلانه عندنا فكانوا ملتزمين لها على ما مر منا كل ايضا من ان مذهبهما

ولابي حنيفة ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فاذا تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في المعتدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده اما اعتقاد المصر فلا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما

ان اهل الذمة التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات وهذا تقييد لحيث افاد انهم التزموا المجمع عليه في ملتنا لا مطلقا **قوله** ولابي حنيفة ان الحرمة اي حرمة النكاح بغير شهود ونكاح المعتدة لا يمكن حقا اثباتها للشرع اي الشارع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت الكتابية تحت مسلم طلقها فانه تجب العدة حقا له لانه يعتقده فلا يصح نكاح هذه الكتابية فيها واذا صح النكاح حال صدوره فحال المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها بل في ابتداء العقد فقط وكذا العدة لا تنافيها اي لا تنافي حالة بقاء العقد كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة حيث يثبت وجوب العدة عليها حال قيام النكاح مع وجود حرمتها عليه وهذا التقرير يفيد ان العدة لا تجب اصلا عنده حتى لا يثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها ثم ما لا اتاها كما في العدة ولا يثبت نسب ولدها اذا اتت به بعد الطلاق لاقل من ستة اشهر وبه قالت طائفة من المشايخ وقيل تجب عنده لكنها ضعيفة لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء لا يمنع تزويج الامة في حال قيامه ووجوبه على السيد وقيل الاليق الاول لما عرف من وجوب تركهم وما يدينون وفيه نظر لان تركهم تحرزا عن الغدر بعقد الذمة لا يستلزم صحة ما تركوا واياه كالكفر تركوا واياه وهو الباطل الاعظم ولو سلم لم يستلزم عدم ثبوت النسب في الصورة المذكورة لجواز ان يقال لا تجب واذا علم ان الولد بطريق آخر وجب الحاقه به لكونه من فراش صحيح ومجيئها به لاقل من ستة اشهر من الطلاق مما يفيد ذلك فيلحق به وهم لم ينقلوا عن ابي حنيفة ثبوته ولا عدمه بل اختلفوا ان قوله الصحيح بناء على عدم وجوبها فيتفرع عليه ذلك ولا فلا ولنا ان نقول بعدمها وثبت النسب في الصورة المذكورة وفي المبسوط ان الخلاف بينهم فيما اذا كانت المرافعة او الاسلام والعدة قائمة اما اذا كان بعد انقضائها فلا يفرق بالاجماع ثم هنا نظر لان الاول مقتضى توجيه ابي حنيفة ان الكفار لا يخاطبون بالمعاملات وهو خلاف ما ذكره المشايخ في الاصول من ان الاتفاق على انهم مخاطبون بما في احكام الدنيا والمسئلة ليست بمحفوظة عن المتقدمين وانما استنبطها مشائخ بخارى من بعض تفريعاتهم كمن نذر صوم شهر ثم ارتد ثم اسلم لا يلزمه النذر بعد ذلك والعراقيون على انهم مخاطبون بالكل وانما قلنا انه خلاف لان النكاح من المعاملات وكونه من حقوق الشرع لا ينافي كونه معاملة فيلزم اتفاق الثلاثة على انهم مخاطبون باحكام النكاح غير ان حكم الخطاب انما يثبت في حق المكلف ببلوغه اليه والشهرة تنزل منزلته وهي متحققة في حق اهل الذمة دون اهل الحرب فمقتضى النظر التفصيل الثاني ان نفي ابي حنيفة العدة هنا انما هو فيما اذا كانوا لا يعتقدون عدمها ومقتضاه اذا كانوا يعتقدون وجوبها ان لا يصح ويجب التجديد بعد الاسلام لانه حين تم كان باطلا فيلزم في المهاجرة لزوم العدة اذا كانوا يعتقدون لان المضاف الى تباين الدار الفرقة لا نفي العدة وتعليل النفي هناك بقول المصنف لانها وجبت اظهارا لخطر النكاح السابق ولا خطر لملك الحربي بالآية قد يشكل عليه بقاء ملكه للنكاح اذا سبي الزوجان معا وسنذكره بتتمة

قوله فان تزوج مجوسي امه او ابنته او مطلقته ثلثا او جمع بين خمس او اختين في عقدة ثم اسلما او احدهما فرق بينهما اجماعا لان نكاح المحارم وما معه له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا يعني من قوله في المسئلة التي قبلها ان اهل الذمة التزموا المجمع عليه عندنا وهذه الانكحة مجمع على بطلانها فيلزم حكمها وعلى ما حققنا من ان الكفار مخاطبون بالكل كقول العراقيين او بالمعاملات كقول البخاريين يجب الاتفاق بين الثلاثة على ان له حكم البطلان باعتبار شيوع خطابات الاحكام في دارنا فتحمل الحجة في حقهم اذ ليس في وسع المبلغ سوى اشاعتها بين ان جعلها لكل واحد غير انا تركناهم وما يدينون بامر الشرع فاذا اسلما او اسلم احدهما وجب التفريق واما على ما اختاره القاضي ابو زيد واتباعه وجملة المصنف وغيره الصحيح من ان له حكم الصحة عنده حتى تجب النفقة اذا طلبت ولا يسقط احصانه بالدخول فيه حتى لو اسلم فقذفه انسان يحد خلافا لمشائخ العراق القدوري وغيره فانهم لا يوجبون

ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التامل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتامل وخدمة الزوج تشغلها عنه ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذلك ان اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا له ولو كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر منه والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه للتعارض ونحن اثبتنا الترجيح

في الاستحسان بناء على ان الخطاب غير نازل في حقهم لانكحتهم مع عدم ولاية الالزام فلان الحرمية تنافي البقاء كما تنافي الابتداء لكونها عدم المحل وانت علمت
ان هذا كله خلاف مقتضى النظر كما ينبغي ان يكون هو الوجه المختار وانما يصح ذلك في الحربيين لعدم شيوع الخطاب في دار الحرب ولانه لا يلزمهم فلا يثبت
حكمه في حقهم فيجب التعليل بمنافاة الحرمية كما ذكرناه واما اذا ترافعا فلان الاعتبار بين يفرق لانهما رضيا بحكم الاسلام فالقاضي كالحكم واما اذا رافعه
احدهما فقط فلا يفرق كاسلام احدهما عند ابي حنيفة رد للتفريق بين اسلام احدهما وبين مرافعته لان باسلام احدهما ظهرت حرمة الآخرى لتغير اعتقاد المصر لا بامر
اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى بخلاف مرافعة احدهما ورضاه فانه لا يتغير به اعتقاد الآخر فيبقى الامر الشرعي بعدم التعرض له بلا معارض
والاوجه تخريج الخلاف على الخلاف في انه صحيح عنده كان بطل احدهما لكن ترك التعرض للوفاء بالذمة فاذا انقاد واحد منهما لحكم الاسلام كان كاسلامه
وعندهما كان صحيحا فرفع احدهما لا يرجحه على الآخر في ابطال استحقاقه بل يعارضه الآخر فيبقى الحكم على الصحة هذا كله بعد الاسلام او المرافعة اما اذا لم يكن
احدهما فلا تفريق الا في قول ابي يوسف الآخر على ما في المبسوط في الذميين انه يفرق اذا علم ذلك لما روي ان عمر رضي الله عنه كتب الى عماله ان فرقوا بين
المجوس ومحارمهم اجيب بانه غير مشهور بل المعروف ما كتب عمر بن عبد العزيز الى الحسن البصري ما بال الخلفاء الراشدين تركوا اهل الذمة وهم على نكاح
المحارم واقتناء الخمور والخنازير فكتب اليه انما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وانما انت متبع ولست بمبتدع والسلام ولان الولاة والقضاة من وقت
الفتوحات الى يومنا لم يشتغل احد منهم بذلك مع علمهم بمباشرتهم ذلك فكان محل الاجماع وفي الغاية معزيا الى المحيط لو طلبت المطلقة ثلاثا التفريق
يفرق بينهما وكذا في الخلع يعني اختلعت من زوجها الذمي ثم امسكها فرفعته الى الحاكم فانه يفرق بينهما لان امساكها ظلم وما اعطيناهم العهد على
تقريرهم على الظلم وكذا في المطلقة الثلاث لانهم يعتقدون ان الطلاق مزيل للملك وان لم يعتقدوا خصوص عدده وفي النهاية لو تزوج اختين في عقدة
ثم فارق احداهما ثم اسلم اقر مع الباقية بنكاحهما على الصحة حتى اقرا عليه انتهى وينبغي على قول مشايخ العراق وما ذكرنا من التحقيق ان يفرق لوقوع
العقد فاسدا فيجب التعرض بالاسلام **قوله** ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة اما المسلمة فظاهر لانها لا تكون تحت كافر واما الكافرة
فلانه مقتول معنى وكذا المرتدة لا تحرج ايما لانها محبوسة للتامل ومناط المنع مطلقا عدم انتظام مقاصد النكاح وهو لم يشرع الا لها
فكان احق بالمنع من منع تزوج المرأة عبدها وبالعكس **قوله** فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه تحقق من الطرفين في الاسلام العارض
بان كانا كافرين فاسلمت او اسلم ثم جاءت بولد قبل العرض على الآخر والتفريق او بعده في مدة يثبت النسب في مثلها او كان بينهما ولد صغير قبل الاسلام احدهما
فانه باسلام احدهما صار ذلك الولد مسلما اذا كانا في دار واحدة اما لو تباينت دارهما بان كان الاب في دار الاسلام والولد في الحرب او على العكس
لا يصير مسلما باسلام ابيه ذكره في السير فتمثل بمن بابت المستامن الشام اسلامه واما في الاسلام الاصلي فانما يتحقق بان يكون
الام كتابية والاب مسلم فجاءت به مسلم ولا حاجة الى التخصيص الى هذه بقوله وكذا اذا اسلم احدهما الخ فانها داخلة في عموم الاولى من افرادها
هذه الجملة فيقتصر عليها اما اذا كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا ثابتا فحكمنا بان الولد كتابي بجامع الانظر للولد في الدنيا بالاقرب من المسلمين
لاحكام من حل الذبيحة والمناكحة وفي الآخرة بنقصان العقاب اذ كانت الكتابية اخف شرا من المجوسية فيثبت الولد كذلك ويتبعه في الاحكام
الشافعي ويخالفنا فيما اذا كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فيقول فيما اذا كان الاب كتابيا والام مجوسية انه مجوسي في اصح قوليه
وقال احمد لتغليب التحريم وفي قول له الآخر انه كتابي تبعا للاب قال مالك رحمه الله لان الانتساب الى الاب ولو كانت الام كتابية والاب مجوسي فهو تبع لـ

واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امرأته وان ابى فرق بينهما

[illegible]

قوله واحد فلا تحل له مناكحته ولا ذبيحته حتى جعله مجوسيا مطلقا قوله للتعارض اى تعارض الالحاقين اى الالحاق باحدهما يوجب حرمات وبالآخر يوجب الحل فيغلب موجب الحرمة وهو الالحاق بالمجوسي بمعنى هذا الترجيح بالقياس بجامعه وهذه الاحكام انما تثبت تبعا والمعقود والاصل اثبات بالتبعية على وجه الانظر له على ما بينا وايضا قوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على فطرة الاسلام حتى يكون ابواه هما اللذان يهودانه الحديث جعل اتفاقهما ناقلا له عن الفطرة واذا لم يتفقا بقي على اصل الفطرة او على ما هو اقرب الى اصل الفطرة كذا قيل ولا يخفى ما فيه واما ما قيل في ترجيح ترجيحا على ترجيح الشارع بان ترجيحه يرفع التعارض وترجيحا يدفعه فلا حاصل له اذا تأملت واعلم ان التعارض هنا يجوز فان ثبوته بثبوت المتعارضين مستلزمين لحكميهما وليس هنا الا ثبوت حكم على تقدير اعتبار وضده على تقدير الآخر فلما اشترك مع المعارض في ترجيح احدهما بالقول سمي تعارضا والا فالتعارض تقابل الحجتين وليس هنا حجة فضلا عن ثنتين **قوله** واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر سواء كان كتابيا او غيره واذا ابيح تزوج الكافر مطلقا مسلمة ولو وقع وجب وعوقبت ايضا ان كانت عالمة بحاله والساعي بينهما ايضا امرأة او رجلا ولا يصير به ناقضا للعهد وان كان ذميا فلا يقبل خلافا لمالك قياسا على اذا جعل نفسه طليعة للمشركين بجامع انه باشر ما ضمن بعقد الذمة ان لا يفعله قلنا كالزام المسلم بالاسلام ان لا يفعل محظورا ولو فعله لا يصير شرعا ناقضا اياه فانه يفعل الذمي ما التزم بعقد الذمة ان لا يفعله لا يصير ناقضا لامانه وقتل الطليعة لانه حارب معنى ولو اسلم بعد النكاح لا يقران عليه الا بجدة اجازة لانه وقع باطلا وقال في اسلام الرجل وان اسلم الرجل وتحته مجوسية لان كفر المرأة مطلقا لا يمنع تزوج المسلم بها بل غير الكتابية فلذا فرضها في المجوسية وحاصل المسئلة انه اذا اسلم احد الزوجين اللذين هما مجوسيان والزوجة منهما مجوسية والزوج كتابي والزوجة من الكتابيين او الزوجة الكتابية والزوج مجوسي عرض على المصر الاسلام اذا كان بالغا او صبيا يعقل الاديان لان ردته معتبرة فكذا اباؤه والنكاح قائم فان ابى فرق بينهما وان كان الصبي مجنونا عرض على ابويه ينبغي ان يكون معنى هذا ان اي الابوين اسلم بقي النكاح لانه يتبع المسلم منهما وان لم يكن مجنونا لكنه لا يعقل الاديان ينتظر عقله لان له نهاية معلومة بخلاف المجنون هذا على قولهما اما على قول ابي يوسف ره فاختلف المشايخ في اباء الصبي قيل لا يعتبر كما لا تعتبر ردته عنده وقيل نعم وصححه بعضهم وفرق بينه وبين الردة وحكم الصبية كالصبي وما لم يفرق القاضي هي امرأته حتى لو مات الزوج قبل ان تسلم امرأته الكافرة وجب لها المهر وان لم يدخل بها لان النكاح كان قائما وتقرر بالموت وقال الشافعي ره لا يعرض على المصر لانه تعرض منهي عنه بل ان كان الاسلام قبل الدخول انقطع النكاح في الحال لعدم تأكده وان كان بعده تأجل الى انقضاء ثلثة اطهار وقول المص ثلاث حيض لا يأتي على مذهبه في العدة وان لم يسلم تزوجت قلنا اعتبار انقضاء العدة قبل الفرقة واضافة انقطاع النكاح الى الاسلام لا نظير له في الشرع ولا اصل يلحق به قياسا بجامع صحيح والمعهود بل الثابت شرعا اعتبار العدة بعد الفرقة ولنا انه لا بد من سبب تضاف الفرقة اليه والاسلام طاعة قال صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم واموالهم واختلاف الدين منتقض بتزوج المسلم الكتابية اولا وانه يرجع الى اسلام المسلمين لانه الذي به حصل الاختلاف وكفر المصر [illegible] والا لم يصح النكاح من الاصل فلم يبق الا اباء الاسلام لانه يصلح قاطعا فاضفنا انقطاع النكاح اليه وكان هو المناسب في الموطأ عن ابن شهاب الزهري ان ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن امية فاسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن امية من الاسلام فلم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين امرأته وبينه حتى اسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح والتعرض الممتنع الجبر بنفس الكلام عنه تخيير الا يمتنع ولانه استعلام حكم شرعي يلزم بالمرأة او لا ثم تأيد بما ذكره الطحاوي وابن العربي في المعارضة ان عمر رض فرق بين نصراني وامرأته بابائه عن الاسلام وذكر اصحابنا ان هلا

وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد رح وان اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته

وان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا وقال ابو يوسف رح لا يكون الفرقة طلاقا في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي لا يعرض الاسلام لأن فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فيتنجز بنفس الاسلام وبعده متأكد فيتأجل الى انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب يبتنى عليه الفرقة والاسلام طاعة لا يصلح سببا لها فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام او تثبت الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف رح ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما ان بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة اما المرأة فليست باهل للطلاق فلا ينوب القاضي منابها عند ابائها ثم اذا فرق القاضي بينهما بابائها فلها المهر ان كان دخل بها لتأكده بالدخول وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لأن الفرقة من قبلها فأشبه الردة والمطاوعة واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لأن الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي رح يفصل كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وسنأتيك ان شاء الله تعالى

من تغلب اسلمت امرأته وهي نصرانية فرفعت الى عمر بن الخطاب رض فقال له اسلم والا فرقت بينكما فابى ففرق بينهما فظهر حكمه بينهم ولم ينقل خلافه

قوله وكان ذلك يعني تفريق القاضي عند اباء الزوج طلاقا بائنا والحاصل ان ابا يوسف لا يفرق بين التفريق في الصورتين فيجعله فسخا لا ينقص شيئا من عدد الطلاق وابو حنيفة ومحمد رح يجعلان الفرقة باباء الزوج طلاقا وباباء المرأة فسخا لابي يوسف ان الفرقة باباء الزوج فسخا

لابي يوسف رح بسبب يشتركان فيه يعني الآباء فانه ممن اسلم عن الكفر وممن لم يسلم عن الاسلام او هو على معنى انه يمكن تحققه من كل منهما فاذا وجد منه

لا يكون طلاقا فاذا وجد منها ولا يكون طلاقا والغرض وحدة السبب وصار كالفرقة بسبب الملك وخيار البلوغ والحرمية بالرضاع فانه يشتركان فيه لمعنى انه

يتحقق سببا من كل منهما فكان فسخا ولهما ان فات الامساك بالمعروف فوجب التسريح باحسان فان طلق والا ناب القاضي منابه في

ذلك فيكون طلاقا اذا كان تاتيا ممن اليه الطلاق لانه انما ينوب عنه فيما اليه التفريق وهو الذي اليه الطلاق واما المرأة فالذي اليها عند

قدرتها على الفرقة شرعا الفسخ فاذا ابت ناب القاضي منابها فيما اليه التفريق به فلا تكون الفرقة الا فسخا فالقاضي نائب منابها في حيازته

فيهما بخلاف ما قاس عليه من الملك والحرمية فان الفرقة فيهما لا بهذا المعنى بل للتنافي واما خيار البلوغ فان ملك الفرقة فيه لتطرق

الخلل الى المقاصد بسبب قصور شفقة العاقد لقصور قرابته وعلى اعتبار تحقق هذا التطرق لا يكون النكاح انعقادا من الاصل

والوجه في الفرقة الكائنة عنه كونها فسخا بخلاف ردته ايضا على قول ابي حنيفة رح لان الفرقة فيها للتنافي اي هي تنافي النكاح ابتداء فكذا البقاء

ولذا لا يحتاج في ذلك كله الى حكم الحاكم وانما احتيج اليه في خيار البلوغ لانه لدفع ضرر خفي والضرر في هذا جلي ويحتاج اليه في الاباء غير مناف

للنكاح **فرع** يقع طلاق زوج المرتدة وزوج المسلمة الابي بعد التفريق عليهما ما دامتا في العدة اما في الاباء فلان الفرقة بالطلاق

واما في الردة فلان الحرمة بالردة غير متأبدة فانها ترتفع بالاسلام فيقع طلاقه عليها في العدة مستتبعا فائدته من حرمتها عليه بعد الثلث

حرمة مغياة بوطي زوج آخر بخلاف حرمة المحرمية فانها متأبدة لا غاية لها فلا يفيد لحوق الطلاق فائدة **قوله** واذا اسلمت المرأة في دار الحرب

وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيض ان كانت ممن تحيض والا فثلثة اشهر فان اسلم الآخر قبل انقضاء العدة

بهذه المدة فهما على نكاحهما وان لم يسلم حتى انقضت وقعت الفرقة ثم قال المص واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية بان كان الذي اسلم هو الزوج

فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رح خلافا لهما قال وسنأتيك يعني في مسئلة المهاجرة فالحاصل انه لا عدة بعد البينونة عند ابي حنيفة

في الصورتين وعندهما اذا كانت هي المسلمة فعليها العدة وهكذا ذكر شمس الائمة وكانه اخذه من قول محمد رح في السير فيما اذا اسلمت المرأة في دار الحرب

بعد ان ذكر الفرقة بشرطها وعليها ثلث حيض اخرى بعد الثلث الاول وهي فرقة بطلاق ويقع طلاقه عليها ما دامت في العدة في الثلث الحيض الاواخر

ثم قال محمد وينبغي في قياس قول ابي حنيفة رح ان لا يكون عليها عدة واما الطحاوي فنقل الخلاف في وجوب العدة عليها حيث قال ومن اسلمت امرأته في دار الحرب

الى ان قال فاذا حاضت بانت ووجبت عليها العدة بعد ذلك ثم حاك الحكم المذكور فقال وهذا اي توقف البينونة على انقضاء المدة المذكورة لانه لا بد

من سبب يضاف اليها الفرقة والاسلام غير مناسب له وكذا الاختلاف لانه يرجع الى سلام المسلم ولانه منقوض كما ذكرنا وكذا كفر المصر فليس الا الاباء وهو

متعذر في دار الحرب فاضيف الى شرط البينونة وذلك لان سبب الفرقة الطلاق بشرط انقضاء العدة والاضافة الى الشرط عند تعذر الى العلة نظير

في الشرع وهو حافر البير في الطريق يضاف ضمان ما تلف بالسقوط فيه الى الحفر وهو شرط لان العلة ثقل الواقع وقوله والعرض على الاسلام لم

وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء فلأن يبقى أولى **قال** وإذا خرج أحد الزوجين إلينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي لا تقع ولو سبي أحد الزوجين وقعت البينونة بينهما بغير طلاق وإن سبيا معا لم تقع البينونة وقال الشافعي رح تقع فالحاصل أن السبب هو التباين دون السبي عندنا وهو يقول بعكسه له أن التباين أثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق إلا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح

فيه وعرض الإسلام عليه فهو من باب القلب ونظيره في اللغة عرضت الناقة على الحوض وخرق الثوب المسمار نصيب المسمار **قوله** وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما ظاهر **قوله** وإذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلما وقعت البينونة حكم المسألة لا يتوقف على خروجه مسلما بل ذميا كما نذكر **قوله** قال الأصل أن المهاجرة اختلف في أن تباين الدارين حقيقة وحكما بين الزوجين هل يوجب الفرقة بينهما قلنا نعم وقال الشافعي رح لا وفي أن السبي هل يوجب الفرقة أم لا فقلنا لا وقال نعم وقوله وقول مالك وأحمد ويتفرع أربع صور وفاقيتان منها لو خرج الزوجان إلينا معا ذميين أو مسلمين أو مستأمنين ثم أسلما أو صارا ذميين لا تقع الفرقة اتفاقا ولو سبي أحدهما تقع الفرقة اتفاقا عنه والسبي عندنا التباين وخلافيتان إحداهما إذا خرج أحدهما إلينا مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم أسلم أو صار ذميا عندنا تقع فإن كان الرجل حل له التزوج بأربع في الحال وبأخت امرأته التي في دار الحرب وإن كانت في دار الإسلام وعنده لا تقع الفرقة بينه وبين زوجته التي في دار الحرب إلا في المرأة تخرج مراغمة لزوجها أي تقصد الاستيلاء على نفسها قبلين عنده بالمراغمة والأخرى ما إذا سبي الزوجان معا فعنده تقع الفرقة وللسابي أن يطأها بعد الاستبراء وعندنا لا تقع لعدم تباين داريهما وفي المحيط مسلم تزوج حربية في دار الحرب فخرج رجل منها إلى دار الإسلام بانت منه زوجها بالتباين ولو خرجت المرأة بنفسها قبل زوجها لم تبن لأنها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام المسلمين فلا تمكن من العود والزوج من أهل الإسلام فلا تباين بينهما في الصورة الأولى إذا خرج الرجل قبل حتى ملكها تحقق التباين بينهما وبين زوجها حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلأنها في دار الحرب حكما وزوجها في دار الإسلام حكما وجه قوله أن تباين الدارين أثره في انقطاع الولاية أي ولاية من في دار الحرب عليه إن كان خارجا إلينا وولاية من في دارنا عليه إن كان لاحقا بدار الحرب بحيث يتعذر الإلزام عليه وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي والصفاء هنا بمعنى الخلوص ولا يتحقق صفاؤه له إلا بانقطاع النكاح ولهذا أي لثبوت الصفاء بالسبي يسقط ما على المسبي من دين كان لكافر عليه لعدم احترامه فكذا يسقط حق الزوج الحربي وهذا لأن الصفاء موجب للملك ما يحتمل التملك وملك النكاح كذلك فلا بد له عند عدم احترام الحق المتعلق بها سقوط ملك الزوج عنها كسقوطه من جميع الأملاك فإنها تذهب فيه بيده ومن المنقول أن أبا سفيان أسلم في معسكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بمر الظهران حين أتى به العباس رضي الله عنه وزوجته هند بمكة وهي دار حرب إذ ذاك ولم يأمرهما صلى الله عليه وسلم بتجديد نكاحهما ولما فتحت مكة هرب عكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام حتى أسلمت امرأة كل منهما وأخذت الأمان لزوجها فبعثت خلفه به ولم يجدد نكاحهما وتباين الدارين بين أبي العاص بن الربيع زوج زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنها أظهر وأشهر فإنها هاجرت إلى المدينة وتركته بمكة على شركه ثم جاء وأسلم بعد سنين قيل ثلث سنين وقيل ست وقيل ثمان فردها عليه بالنكاح الأول فهذه كلها تقوض لما علانا به واستدل الشافعي أيضا على إثبات علته بأن قوله تعالى والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم نزلت في سبايا أوطاس كن سبين مع أزواجهن وقد صح أن منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى ألا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة فقد استثنى المسبيات مع أزواجهن من المحرمات فظهر أن السبي يوجب الفرقة وقوله كالحربي المستأمن ظاهر وإنما أصل قياس وفرعه الخارج إلينا مسلما من دار الحرب أو ذميا والحكم عدم الفرقة بينه وبين زوجته بجامع عدم سببها فهو من قبيل تعليل الحكم العدمي بالمعنى العدمي وعلى هذا فالسوق لإثبات الفرع لكن الظاهر أن المراد نفي تأثير التباين فحق اللفظ بكونه لا يؤثر في الفرقة لتحققه في المستأمن إلخ **قوله** ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح التي شرع النكاح لها لأن الظاهر أن الخارج إلينا مسلما أو ذميا لا

لمنافاة الحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء فصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستأمن لم تتباين الدار حكما لقصده الرجوع

والكائن هنا كذلك لا يخرج اليها فكان التباين منافيا له فيكون اعتراضه قاطعا كاعتراض المحرمية بالرضاع وتقبيل ابن الزوج مثلا لما في كان اعتراضهما قاطعا ثم شرع يفسد تعيين السبي علة فقال والسبي يوجب ملك الرقبة يعني يمنع ان يكون موجبا غير ذلك واذن فما اقتضاء ملك الرقبة لزم السبي تبعا لملكها والا فلا وملك الرقبة لا يقتضي ملك النكاح الا اذا ورد على خال من مملوكية اذ ما كلية وكذا ابتداء النكاح وبقاؤه في العبد المشتري فهو كسائر اسباب الملك من الشراء والهبة والارث وزوال املاك المسبي لثبوت رقه والعبد لا ملك له في المال بخلاف النكاح فانه من خصائص الآدمية فيملكه اذ ابتداء وجوده بطريق الصحة حتى لا يملك سيده التطليق عليه وانما توقف في الابتداء على اذنه لما يستلزم من تنقيص ماليته وسقوط الدين الكائن للكافر على المسبي الحربي ليس مقتضى السبي بل لتعذر بقائه لانه انما يبقى بما كان من مؤمن وجب كان في ذمته لاشتغالها برقبته ولا يمكن ان تثبت بعد الرق بالسبي الاشتغالها فيصير الباقي غيره ولذا لو كان المسبي عبدا مديونا كذلك لا يسقط عنه الدين بالسبي لقيام محله الاذون فان قيل بل يجوز كون الدين في ذمة العبد غير متعلق برقبته ولذا يثبت الدين باقراره به ولا يباع فيه يجب بمنع تمامه في العبد كذلك وانما لا يطالب باقراره لان اقراره لا يسري في حق المولى حتى لو ثبت بالاستهلاك قطعا معاينة بيع فيه واما ما استدل من قصة ابي سفيان فالحق ان ابا سفيان لم يكن حسن الاسلام يومئذ الا بعد الفتح وهو شاهد حنيننا اتفقت السير الصحيحة من قوله حين انهزم المسلمون لا ترجع هزيمتهم الى البحر ما نقل ان الازلام كانت معه وغير ذلك مما يشهد بما ذكرنا مما نقل من كلامه بمكة قبل الخروج الى هوازن بحنين ثم ما حسن اسلامه بعد ذلك رحمه الله الذي كان اسلامه حسنا حين اسلم هو ابو سفيان بن الحارث واما عكرمة بن حكيم فانما هربا الى الساحل هو من حارة ومكة ثم تبايت دارهم لانهما اتيا فاقرهما عليه صلى الله عليه وسلم بنكاح جديد روى ذلك الترمذي وابن ماجة والامام احمد رحمه الله والجملة اذا امكن اولى من اخذها حجة بما وهو يحمل قوله على النكاح الاول على معنى بسبب سبقه مراعاة لحرمته كما يقال ضربته على اساءته وقيل قوله ردها على النكاح الاول لم يحدث شيئا اي على مثله لم يحدث زيادة في الصداق والحياء وهو تأويل حسن بهذا وما ذكرناه ثبت وعلى النكاح الاول ناف لانه مبقى على الاصل وايضا يقطع بان الفرقة وقعت بين زينب وبين ابي العاص بمدة تزيد على عشر سنين فانها اسلمت بمكة في ابتداء الدعوة حين دعى صلى الله عليه وسلم خديجة وبناته ولقد انقضت المدة التي تبين بها في دار الحرب مرارا وولدت وروي انها كانت حاملا فاسقطت حين خرجت مهاجرة الى المدينة وردها هبار بن الاسود بالرمح واستمر ابو العاص بن الربيع على شركه الى ما قبل الفتح فخرج تاجرا الى الشام فاخذت سرية المسلمين ماله واعجزهم هاربا ثم دخل بالليل على زينب فاجارته ثم كلم رسول الله صلى الله عليه وسلم السرية فردوا ماله فاحتمل الى مكة فادى الى كل ذي حق حقه وما كان اهل مكة ابضعوا معه وكان رجلا امينا كريما فلما لم يبق لاحد عليه حاجة قال يا اهل مكة هل بقي لاحد منكم عندي مال لم ياخذه قالوا لا فجزاك الله خيرا فقد وجدناك وفيا كريما قال فاني اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله والله ما منعني من الاسلام عنده الا تخوف ان تظنوا انما اردت ان آكل اموالكم فلما اداها الله اليكم وفرغت منها اسلمت ثم خرج حتى قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم وما ذكر في الروايات من قولهم وذلك بعد ست سنين او ثمان سنين او ثلث سنين فانما ذلك من وقت مفارقته بالابدان وذلك بعد غزوة بدر واما البينونة فقبل ذلك بكثير لا تبالي ان وقعت من حين آمنت فهو قريب من عشرين سنة الى اسلامه وان وقعت من حين نزلت ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا وهي مكية فاكثر من عشر وفيه كان حابسها قبل ذلك ان يفرق من سيده وهو صلى الله عليه وسلم كان مغلوبا على ذلك قبل ذلك فلما ارسل اهل مكة في فداء الاسارى ارسلت زينب في فداء زوجها قلادة لها كانت عند

وإذا خرجت المرأة الينا مهاجرة جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام ولابي حنيفة انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب العدة على المسبية

اعتقها فاقرها رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى لما فرق بينهما واعادته لها فلعله صلى الله عليه وسلم كان شرط عليه ذلك عند اطلاقه واتفق في محضرها اليه ما اتفق من هبار بن الاسود وهذا امر يكاد ان يختلف فيه اثنان وبه يقطع بان الرد كان على نكاح جديد كما في حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ووجب تاويل رواية الاول كما ذكرنا واعلم ان بنات رسول الله صلى الله عليه وسلم تقدم انهن قبل البعثة يكفرن ليقال آمنت بعد ان لم تكن مؤمنة فقد اتفق علماء المسلمين ان الله لم يبعث نبيا قط اشرك بالله طرفة عين والولد يتبع المؤمن من ابويه فلزم ان لم تكن احداهن قط الا مسلمة نعم قبل البعثة كان الاسلام اتباع ملة ابراهيم حنيفا عليه السلام ومن حين وقع البعثة لا يثبت الكفر الا بالانكار بعد بلوغ الدعوة ومن اول ذكره صلى الله عليه وسلم الاسلام لاولاده لم تتوقف واحدة منهن واما سبايا اوطاس فعند النسائي وعند ابن حبان زيادة الترمذي تفيد ذلك عن ابي سعيد قال اصبنا سبايا اوطاس ولهن ازواج في قومهن فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنزلت والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم لكن بقي ان يقال العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ومقتضى اللفظ حل المملوكة مطلقا سواء سبيت وحدها او مع زوجها واما المشتراة المتزوجة فخارجة بالاجماع فوجب ان يبقى ما سواها داخلا تحت العموم على الاباحة والجواب ان المسبية مع زوجها تخص ايضا لما ذكر وتبقى المسبية وحدها ذات بعل وبلا بعل والله سبحانه اعلم قوله قياسا على الحربي المستامن والمسلم المستامن فالجواب منع وجوب التباين لان المدعى عليه هو التباين حقيقة وحكما وهو بصير الكائن في دار الحرب في حكم الميت حتى يعتق مدبروه وامهات اولاده ويقسم ميراثه في دارنا ممنوعا من الرجوع وهذا منتف في المستامن فاذا كان ذا قياسا على ما ذكر بقي ما ذكرنا من المعنى اللازم للتباين الموجب للفرقة سالما من المعارض اعتباره ودليل السمع ايضا وهو قوله تعالى اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وآتوهم ما انفقوا ان تنكحوهن اذا آتيتموهن اجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر وقد افاد من ثلاث نصوص على وقوع الفرقة ومن وجه اقتضائها وهو فلا ترجعوهن

قوله واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة اي تاركة الدار الى اخرى على عزم عدم العود وذلك بان تخرج مسلمة او ذمية هذه المسألة حكم آخر على بعض ما تضمنه موضوع المسألة التي قبلها انها كانت اذا خرج احد الزوجين مهاجرا وقعت الفرقة وهذه اذا كانت الخارج منها المرأة ووقعت اتفاقا فهل عليها عدة فيها خلاف عند ابي حنيفة لا تتزوج للحال الا ان تكون حاملا فتتربص لا على جهة العدة بل ليرتفع المانع بالوضع وعندهما عليها العدة ثم لو خرج زوجها بعدها وهي بعد في هذه العدة فطلقها فعلى الخلاف قال ابو يوسف لا يقع عليها وقال محمد يقع والاصل ان الفرقة اذا وقعت لا تصير المرأة محلا للطلاق عند ابي يوسف وعند محمد تصير وهو اوجه الا ان يكون بحرمة لعدم فائدة الطلاق على ما قدمناه وثمرته تظهر فيما لو طلقها ثلاثا لا يحتاج زوجها في تزوجها اذا اسلم الى زوج آخر عند ابي يوسف وعند محمد يحتاج اليه وجه قولهما انها حرة وقعت الفرقة عليها بعد الاصابة الى دار الاسلام فيلزمها حكم العدة حقا للشرع كالمطلقة في دارنا من المسلمات بخلاف ما لو طلقها الحربي في دار الحرب ثم هاجرت لا عدة عليها لان الفرقة في دارهم وهم لا يعتقدون بايجابها كما بينا كذا على ما اخترناه من ان اصلنا ان الخطاب يلزم الكفار في المعاملات غير ان شرطها البلوغ ودار الحرب لا يبلغهم فلا يتعلق بهم حكمه بخلاف اهل دارنا منهم ولابي حنيفة ان العدة انما وجبت اظهارا لخطر النكاح المتقدم ولا خطر لملك الحربي ولنا الشرع بالآية المتقدمة في المهاجرات وهي ولا تمسكوا بعصم الكوافر بعد قوله ولا جناح عليكم ان تنكحوهن فقد رفع الجناح عن نكاح المهاجرة فلا الا لم جمع كافرة فلو شرطت العدة لزم التمسك بعقد نكاح الموجود في حال كفرهن وهذا باطل قوله وجبت الخ

وإن كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا وجه الأول أنه ثابت النسب وفي الظاهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا **قال** وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله إن كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالإباء والجامع ما بيناه وأبو يوسف مر على ما أصلنا له في الإباء وأبو حنيفة رحمه الله فرق بينهما ووجهه أن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر أن تجعل طلاقا بخلاف الإباء لأنه يفوت الإمساك بالمعروف فيجب التسريح بالإحسان على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالإباء على القضاء ولا تتوقف بالردة ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها ونصف المهر إن لم يدخل بها وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها وإن لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لأن الفرقة من قبلها

كيلا تختلط المياه واستغنائه عن البطلان بأن الشرع أبطل النكاح بالتباين لمنافاته للنكاح فقد حكم بمنافاته للعدة لأنها أثره حيث حكم بمنافاته لما له الأثر فإن لقائل أن يمنع الملازمة ويقول لا نسلم أن منافاة الشيء تنافي أثره إلا إذا كان جهة المنافاة ثابتة في الأثر أيضا وهو منتف لأنه في النكاح عدم انتظام المصالح بل تجامع مدة بقائها إلى أن تنقضي فيجب أن تثبت لموجبها بلا مانع لكن قد يقال عصم الكوافر عام يدخل فيه المسبية دون زوجها والمتروكات في دار الحرب للأزواج المهاجرين فلهم أن يتزوجوا بأربع وبأخت الكائنة هناك لعدم اعتبار عصم اللواتي في دار الحرب للفرقة والمسبية مع زوجها وهذه خصت عندكم فإنها تمسكت بعقد نكاحها حيث قلتم لا تقع الفرقة بينها وبين زوجها فجاز أن تخص المهاجرة في حق العدة بحديث سبايا أوطاس فإنه دل على أن من انفسخ نكاحها بالتباين لا يحل وطؤها قبل تربص فإذا وجب عليها تربص وهي حرة كان عدة إجماعا لعدم القائل بالفصل ثم فإبطال الوجوب المنظر لا يفيد إذ كان له سبب آخر هو حق الشرع المدلول عليه بوجوب الاستبراء فإنه أفاد أن لا يخلى فرج المدخول بها عن الامتناع إلى مدة غير أنه اعتبر مدة الاستبراء أقصر كما هو دأب الشرع في إظهار التفاوت بين الحرة والأمة في مثله **قوله** وإن كانت يعني المهاجرة حاملا لم تتزوج حتى تضع وقد بينا أنه عند أبي حنيفة رحمه الله لا بطريق العدة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله يجوز تزويجها ولا يقربها حتى تضع حملها كالحامل من الزنا وجه الظاهر أن حملها ثابت النسب فيظهر في حق المنع احتياطا وإنما قال احتياطا لأن مجرد كونه ثابت النسب إنما يقتضي ظاهرا أن لا يوطأ لأن به يصير ساقيا ماءه زرع غيره فتعديته المنع إلى نفس التزوج لا الوطء للاحتياط فقط لأنه يقع الجمع بين الفراشين وهو ممتنع بمنزلة الجمع وطئا ولهذا لم يجز عنده تزوج الأخت في عدة الأخت والخامسة في عدة الرابعة **قوله** وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام وقعت الفرقة في الحال بغير طلاق قبل الدخول أو بعده وبه قال مالك وأحمد في رواية وقال الشافعي وأحمد في أخرى قبل الدخول يكون كذلك وأما بعده فيتوقف إلى انقضاء العدة فإن جمعهما الإسلام قبل انقضائها يستمر النكاح وإلا تبين الفراق من وقت الردة قلنا هذه الفرقة للتنافي فإن الردة منافية للعصمة موجبة للعقوبة والمنافي لا يحتمل التراخي بخلاف الإسلام فإنه غير مناف للعصمة هذا جواب ظاهر المذهب وبعض مشايخ بلخ وسمرقند أفتوا في ردتها بعدم الفرقة حسما لاحتيالها على الخلاص من أكبر الكبائر وعامة مشايخ بخارى أفتوا بالفرقة وجبرها على الإسلام وعلى النكاح مع زوجها الأول لأن الحسم بذلك يحصل ولكل قاض أن يجدد النكاح بينهما بمهر يسير ولو بدينار رضيت أم لا وتعزر خمسة وسبعين ولا تسترق المرتدة ما دامت في دار الإسلام في ظاهر الرواية وفي رواية النوادر عن أبي حنيفة رحمه الله تسترق هذا الكلام في الفرقة وأما كونها طلاقا فاتفق الإمامان بناء على أنها من جهة الزوج والمرأة فسخ وقال محمد رحمه الله هي في ردة الزوج طلاق وفي ردتها فسخ مر على أصله في الإباء كذا أبو يوسف وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين الردة والإباء وجه قول محمد رحمه الله اعتباره بالإباء والجامع ما بيناه وهو أن بالإباء امتنع عن الإمساك بمعروف مع قدرته عليه فينوب القاضي منابه وقيل ما بيناه هو ما أصله أن سبب الفرقة فعل من الزوج إباء أو ردة وأبو يوسف مر على ما أصلنا له في الإباء وهو أنه سبب يشترك فيه وأبو حنيفة رحمه الله فرق بأن الردة منافية للنكاح لأنها منافية للعصمة لبطلان العصمة عن نفسه وأملاكه ومنها ملك النكاح لها قرره والحق أن منافاتها العصمة الأملاك تبع لمنافاتها لعصمة النفس فتبطل المنافاة صار في حكم الميت والطلاق لا ينافي النكاح لثبوته معه حتى لا يقع البينونة بمجرده بل بأمر زائد عليه أو عند انقضاء العدة ولزم كون الواقع بالردة غير الطلاق وليس إلا الانفساخ بخلاف الفرقة بالإباء فإنها ليست للمنافاة لذا بقي النكاح ما لم يفرق القاضي لأنها فرقة بسبب فوت ثمرات النكاح فوجب دفعه لارتفاع ثمرته الآتي من قبل الزوج فالقاضي يأمره بالإمساك

قال وإذا ارتدا معاً ثم أسلما معاً فهما على نكاحهما استحساناً وقال زفر رحمه الله يبطل لأن ردة أحدهما منافية وفي ردتهما ردة أحدهما ولنا ما روي أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله عليهم بتجديد الأنكحة والارتداد منهم واقع معاً لجهالة التاريخ ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لإصرار الآخر على الردة لأنه مناف كابتدائها

باب القسم

بالإسلام أو التسريح بإحسان فإذا امتنع ناب عنه وفي الشروح من تقرير هذا الفرق أمور ليس المطلوب هكذا أقول في الهداية هذا الطلاق لأن الرفع يجامع المنافي بالضرورة نعم هو أعم فيثبت مع المنافي ومع الطلاق فلا يقع به فرق ولا دخل له فيه ثم إذا كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها ونفقة العدة أيضاً ونصفه إن لم يدخل بها وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها ولا نفقة لها لأن الفرقة من جهتها وإن لم يكن دخل بها فلا مهر ولا نفقة **قوله** وإذا ارتدا معاً ثم أسلما معاً فهما على نكاحهما استحساناً وإذا لحق أحدهما بدار الحرب بعد ارتدادهما فإن لحق فسد لتباين الدارين والقياس وهو قول زفر والأئمة الثلاثة تقع الفرقة لأن في ردتهما ردة أحدهما وهي منافية للنكاح ولقيامها وهو وجه الاستحسان أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضي الله عنهم بتجديد الأنكحة ولما لم يأمرهم بذلك علمنا أنهم اعتبروا ردتهم وقعت معاً إذ لو حملت على التعاقب لفسدت أنكحتهم ولزمهم التجديد فعلمنا أن هذا إن الردة إذا كانت معاً لا توجب الفرقة واعلم أن المراد عدم تعاقب كل زوجين من بني حنيفة لا جميعهم فلأن رجالاً جاز أن يتعاقبوا ولا يتعاقب نساؤهم إذ كان كل رجل ارتد مع زوجته معاً فحكم الصحابة رضي الله عنهم بعدم التجديد لحكمهم بذلك ظاهر لا حملاً عليه للجهل بالحال كالغرقى والحرقى وهذا أن الظاهر أن فيهم البيت إذا ارتدوا أن تكون قرينته فيه قرينته فإن المذكور في الحكم بارتداد بني حنيفة في المبسوط منعهم الزكاة وهذا يتوقف على نقل أن من منعهم كان يجحد افتراضها ولم ينقل ولا هو لازم وقتال أبي بكر رضي الله عنه إياهم لا يستلزمه لجواز قتالهم إذا اجتمعوا على منعهم حقاً شرعياً عطلوه والله أعلم وقد يستدل للاستحسان بالمعنى وهو عدم جهة المنافاة وذلك لأن جهة المنافاة بردة أحدهما عدم انتظام المصالح بينهما والموافقة على الارتداد ظاهر في انتظامها منهما إلى أن يموتا بالقتل أو غيره والأوجه الاستدلال بوقوع ردة العرب وقتالهم على ذلك من غير تعيين بني حنيفة ومانعي الزكاة وغيرهم ثم لم يؤمروا بتجديد الأنكحة إلى آخر ما ذكرنا **قوله** ولو أسلم أحدهما بعد ارتدادهما فسد النكاح لأن ردة الآخر منافية للنكاح فصار بقاؤها كإنشائها إلا أن حال إسلام الآخر حتى إن كان الذي عاد إلى الإسلام هو الزوج فلا شيء عليها إن كان قبل الدخول وإن كانت هي التي أسلمت فإن كان قبل الدخول فلها نصف المهر وإن دخل بها فلها المهر في الوجهين لأن المهر يتقرر بالدخول وينافي في حق الزوج والديون لا تسقط بالردة **فروع** الأول نصرانية تحت مسلم تمجست وقعت الفرقة بينهما عند أبي يوسف رحمه الله خلافاً لمحمد رحمه الله وجه قوله إن الزوج قادر على إجبارها على العود ولا تحل للمسلم فأشبهت التحريم بها كالردة وقد ارتدا معاً فلا تقع الفرقة ولأبي يوسف رحمه الله أن الزوج لا يقر على ذلك بل يجبر على الإسلام والمرأة تقر فصار كردة الزوج وحده وهذا لما عرف أن الكفر كله ملة واحدة فالانتقال من كفر إلى كفر لا يجعل كإنشائه فصار كما لو تهودت فإن الفرقة تقع فيه بالاتفاق ومحمد رحمه الله يفرق بأن إنشاء المجوسية لا تحل للمسلم فأشبهت الارتداد بخلاف اليهودية ألا ترى أنها لو تمجست وحدها تقع الفرقة ولو تهودت لا تقع فافترقا الثاني يجوز نكاح أهل ملل الكفر بعضهم بعضاً فيتزوج اليهودي مجوسية ونصرانية لأن الكل ملة واحدة من حيث الكفر وإن اختلفت نحلتهم كأهل المذاهب ثم الولد على دين الكتابي منهم الثالث إذا أسلم الكافر وتحته أكثر من أربع أو أختان أو أم وبنتها وأسلمن معه وهن كتابيات فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إن كان تزوجهن في عقدة واحدة فرق بينه وبينهن أو في عقد فنكاح من تحل سبقه جائز ونكاح من تأخر فوقع به الجمع أو الزيادة على الأربع باطل

باب القسم لما فرغ من ذكر النكاح وأقسامه باعتبار من قام به من المسلمين الأحرار والأرقاء والكفار وحكمه اللازم له من المهر شرع في حكمه الذي لا يلزم وجوده وهو القسم وذلك لأنه إنما يثبت على تقدير تعدد المنكوحات ونفس النكاح لا يستلزمه قال في المغرب القسم بفتح القاف مصدر قسم والمراد التسوية بين المنكوحات وليس المراد العدل بينهن في حقيقة المحبة مطلقاً فإنه ممتنع كما أخبر سبحانه وتعالى

وإذا كان لرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا أو ثيبين أو إحداهما بكرا والأخرى ثيبا لقوله عليه السلام من كانت له امرأتان ومال إلى إحداهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه السلام كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما روينا والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما روينا ولأن القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيا

حيث قال ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وقال تعالى فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم بعد إحلال الأربع بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فاستفدنا أن حل الأربع مقيد بعدم خوف عدم العدل وثبوت المنع عن أكثر من واحدة عند خوفه فعلم إيجابه عند تعددهن وما قوله صلى الله عليه وسلم استوصوا بالنساء خيرا فلا يخص حالة تعددهن ولا تعم رعية الرجل وكل راع مسئول عن رعيته وأنه في أمر مبهم يحتاج إلى البيان لأنه أوجبه وصرح بأنه مطلقا لا يستطاع فعلم أن الواجب منه شيء معين وكذا السنة جاءت مجملة فيه روى أصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضي قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ثم يقول اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك يعني القلب أي زيادة المحبة وظاهره أن ما عداه مما هو داخل تحت ملكه وقدرته تجب التسوية فيه ومنه عدد الوطآت والقبلات والتسوية فيهما غير لازمة إجماعا وكذا ما روى أصحاب السنن الأربعة والإمام أحمد والحاكم عن أبي هريرة رضي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل أي مفلوج ولفظ أبي داود والنسائي فمال إلى إحداهما على الأخرى فلم يتبين فيما ذا والذي في الكتاب بزيادة قوله في القسم والله أعلم بها لكن لا نعلم خلافا في أن العدل الواجب في البيتوتة والتأنيس في اليوم والليلة وليس المراد أن يضبط زمان النهار فبقدر ما عاشر فيه إحداهما يعاشر الأخرى بقدره بل ذلك في البيتوتة وأما النهار ففي الجملة **قوله** وإذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما التقييد بحرتين لإخراج ما إذا كانت إحداهما أمة والأخرى حرة لا لإخراج الأمتين ثم ظاهر العبارة ليس بجيد فإنه يعطي أنهما إذا لم يكونا حرتين ليس عليه أن يعدل بينهما وليس بصحيح لكن معنى العدل هنا التسوية لا ضد الجور فإذا كانتا حرتين أو أمتين فعليه أن يسوي بينهما وإن كانتا حرة وأمة فلا يعدل بينهما أي لا يسوي بل يعدل بمعنى لا يجور وهو أن يقسم للحرة ضعف الأمة فالإبهام نشأ من اشتراك اللفظ **قوله** والقديمة والحديثة سواء لإطلاق ما روينا وهو معنى قوله لا فصل فيما ذكرنا فكان الأولى أن يقال لما ذكرنا يغني عن قوله لا فصل فيما يعني أن ما روينا يوجب التسوية بين الجديدة والقديمة وكذلك ما تلونا من الآية فيحتج به على الشافعي رح أنه يقيم عند البكر الجديدة أول ما يدخل بها سبعا يخصها بها ثم يدور وعند الثيب الجديدة ثلثا إلا أن طلبت زيادة على ذلك فيبطل حقها ويحتسب عليها بتلك المدة لما روي عن أنس رض قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للبكر سبع وللثيب ثلث ثم يعود إلى أهله أخرجه الدارقطني عنه وروى البزار من طريق أبي أيوب السجستاني عن أبي قلابة عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للبكر سبعا وللثيب ثلثا وعنه قال من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعا ثم قسم وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلثا ثم قسم رواه الشيخان في الصحيحين وفي صحيح مسلم عن أم سلمة لما تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل عليها أقام عندها ثلثا ثم قال إنه ليس بك هوان على أهلك إن شئت سبعت لك وإن سبعت لك سبعت لنسائي وهذا دليل استثناء الشافعي رح ما ذكرنا من أنه يسقط حقها ويحتسب عليها بالمدة إن طلبت زيادة على الثلث لأنها لم تألف صحبته وقد حصل لها في أول الأمر نفرة فكان في الزيادة إزالتها ولنا ما روينا من غير فصل وما تلونا وما ذكرنا من المعنى وهو قوله بأن القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك فلا تفاوت بينهن في القسم وأما المعنى الذي علل به فمعارض بأن تخصيص القديمة أولى لأن الوحشة فيها متحققة وفي الجديدة متوهمة وإزالة تلك النفرة يمكن أن يقيم عندها السبع ثم يسبع للباقيات ولا يحصر في تخصيصها أما علم أن الذي إن لم يكن قطعي الدلالة في التخصيص وجب تقديم الآية والحديث المطلق لوجوب التسوية وإن كان قطعيا وجب اعتبار التخصيص بالزيادة فإنه لا يعارض ما رويناه وتلونا لأن مقتضاهما العدل وإذا ثبت التخصيص شرعا كان هو العدل فإنما نراه لم يحصر في التسوية بل تحقق مع عدمها لعارض

في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها والتسوية في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتني على النشاط وان كانت احداهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلابد من اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم **قال** ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي رح القرعة مستحقة لما روي ان النبي عليه السلام كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج الا ترى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة

وهو رق احد الرأيين حتى كان العدل ان يكون لاحدهما يوما وللاخرى يومين فليكن ايضا تخصيص الجديدة لوحشة باقامة سبع ان كانت بكرا او ثلث ان كانت ثيبا هذا وكما لا فرق بين الجديدة والقديمة كذلك لا فرق بين البكر والثيب والمسلمة والكتابية الحرتين والمجنونة التي لا يخاف منها والمريضة والرتقاء والحائض والنفساء والصغيرة التي يمكن وطؤها والمحرمة والمظاهر منها ومقابلتهن كذلك يستوي وجوبه على العنين والمجبوب والمريض والصبي الذي دخل بامرأته ومقابلهم قال مالك ويدور ولي الصبي به على نسائه لان القسم حق العباد وهم من اهل ذلك وصح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما مرض استأذن نساءه ان يمرض في بيت عائشة رض فاذن له **قوله** مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها التسوية يوما يوما او تارة يومين يومين او ثلثا ثلثا او اربعا اربعا واعلم ان هذا الاطلاق لا يمكن اعتباره على صرافته فانه لو اراد ان يدور سنة سنة ما يظن اطلاق ذلك بل ينبغي ان لا يطلق له مقدار مدة الايلاء وهو اربعة اشهر واذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب ان تعتبر المدة القريبة واظن اكثر من جمعة مضارة الا ان يرضيا به والله اعلم **قوله** والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتني على النشاط ولا خلاف فيه قال بعض اهل العلم ان تركه لعدم الداعية والانتشار عذر وان تركه مع الداعي اليه لكن داعيته الى الضرة اقوى فهو مما يدخل تحت قدرته فان ادى الواجب عليه لم يبق لها حق من التسوية واعلم ان ترك جماعها مطلقا لا يحل له صرح اصحابنا بان جماعها احيانا واجب ديانة لكن لا يدخل تحت القضاء والالزام الا الوطئة الاولى ولم يقدروا فيه ويجب ان لا يبلغ به مدة الايلاء الا برضاها وطيب نفسها به هذا والمستحب ان يسوي بينهن في جميع الاستمتاعات من الوطء والقبلة وكذا بين الجواري وامهات الاولاد ليحصنهن عن الاشتهاء للزنى والميل الى الفاحشة ولا يجب شيء لانه تعالى قال فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فافاد ان العدل بينهن ليس واجبا هذا اما اذا لم يكن له الا امرأة واحدة فتشاغل عنها بالعبادة او السراري اختار الطحاوي رواية الحسن عن ابي حنيفة ان لها يوما وليلة من كل اربع ليال وباقيها له لان له ان يسقط حقها في الثلث بتزوج ثلث حرائر فان كانت الزوجة امة فلها يوم وليلة في كل سبع وظاهر المذهب ان لا يتعين مقدار لان القسم معنى نسبي وايجابه طلب ايجاده وهو يتوقف على وجود المنتسبين فلا يطلب قبل تصوره بل يؤمر ان يبيت معها ويصحبها احيانا من غير توقيت والذي يقتضيه الحديث ان التسوية في المكث ايضا بعد البيتوتة ففي السنن عن عائشة رض كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يفضل بعضنا على بعض في القسم في مكثه عندنا وكان قل يوم الا يطوف علينا جميعا فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغ الى التي هو في يومها فيبيت عندها وعلم منه ان النوبة لا تمنع ان يذهب الى الاخرى لينظر في حاجتها ويمهد امورها وفي صحيح مسلم انهن كن يجتمعن في بيت التي ياتيها والذي نظن ان هذا جائز برضى صاحبة النوبة اذ قد تتضيق كذلك وتحضره ولو ترك القسم بان اقام عند احداهن شهرا مثلا امره القاضي بان يستانف العدل لا بالقضاء فان جار بعد ذلك اوجعه عقوبة كذا قالوا والذي يقتضيه النظر ان يؤمر بالقضاء اذا طلبت لانه حق آدمي له قدرة على ايفائه **قوله** وان كانت احداهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر قضى به ابو بكر وعلي رضي الله عنهما وبالقضاء عن علي احتج الامام وتضعيف ابن حزم اياه بالمنهال بن عمرو وبابن ابي ليلى ليس بشيء لانهما ثقتان حافظان ثم اذا كانت الزوجة مدبرة رجل او مكاتبته او ام ولده فلقيام الرق فيهن **قوله** ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي والقرعة مستحقة لما روى الجماعة من حديث عائشة رض كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه فمن خرج سهمها ... الحديث الافك قلنا ذلك كان استحبابا للتطييب قلوبهن وهذا لان مطلق الفعل لا يقتضي الوجوب فكيف وهو محفوف بما على

وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط

وذلك انه لم يكن القسم واجبا عليه صلى الله عليه وسلم قال تعالى ترجي من تشاء منهن وتؤوي اليك من تشاء ممن ارجى سودة وجويرية وام حبيبة وصفية وميمونة ذكره الى الحافظ عبد العظيم المنذري وممن آوى عائشة رض والباقيات رضي الله عنهن ولانه يشق عدلها في السفر وبالاخرى في الحضر القرعة الى الحرج الكاينة او بخوف الفتنة او تمنع من سفر احديهما لكثرة سمنها فتعيين من يخاف صحبتها في السفر للسفر بخروج قرعتها الزام للضرر الشديد وهو مندفع بالنافي للحرج واما قول الامام الايبي انه لان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن فظاهر فيه منع الملازمة اذ لا يلزم من ان عليه ان لا يسافر باحد ان يكون له ان يخص واحدة بالسفر بها لان في ترك السفر بالكل تسوية بخلاف تخصيص احداهن وهذا لان اللازم التسوية وهو ان اذا بات عند واحدة ليلة يبيت عند الاخرى كذلك لا على معنى وجوب ان يبيت عند كل واحدة منهما والا فانه لو ترك المبيت عند الكل بعض الليالي وانفرد لم يمنع من ذلك **قوله**
وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز هذا اذا لم يكن برشوة من الزوج بان زاد لها في مهرها للنقل او تزوجها بشرط ان يتزوج اخرى فيقيم عندها يومين وعند الثانية يوما فان الشرط باطل لا يحل لها المال في الصورة الاولى فلها ان ترجع فيه واما اذا دفعت اليه او حطت عنه مالا ليزيد لها فشابهه انه لا يلزم ولا يحل لها ولها ان ترجع في مالها **قوله** لان سودة بنت زمعة بفتحتين سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها الخ هذا يقتضي انه طلقها قال محمد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسودة بنت زمعة اعتدي فسألته بوجه الله ان يراجعها ويجعل يومها لعائشة رض لان تحشر يوم القيمة مع ازواجه والذي في الصحيحين لا يتعرض له بل انها جعلت يومها لعائشة رض والذي في المستدرك بغير تقييد عدمه وهو عن عائشة رض قالت سودة حين اسنت وخرقت ان يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله يومي لعائشة رض فقبل ذلك منها قالت عائشة رض ففيها وفي اشباهها انزل الله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح وقال صحيح الاسناد ويوافق ما في الكتاب ما رواه البيهقي عن عروة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق سودة فلما خرج الى الصلوة امسكت بثوبه فقالت والله ما لي الى الرجال من حاجة ولكني اريد ان احشر في ازواجك قال فراجعها وجعل يومها لعائشة رض انتهى وهو مرسل ويمكن الجمع بان كان صلى الله عليه وسلم طلقها رجعية فان الفرقة فيها لا تقع بمجرد الطلاق بل بانقضاء العدة فمعنى قول عائشة رض فرقت ان يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم خافت ان يستمر الحال الى انقضاء العدة فتقع الفرقة فيفارقها ولا ينافيه بلاغ محمد بن الحسن فانه انما ذكر في الكنايات اعتدي والواقع بهذا الرجعي لا البائن وفرع بعض الفقهاء انها اذا وهبت يومها للزوج ان يجعله لمن شاء من نسائه واذا جعلته لغيرها المعينة لا يجوز له ان يجعله لغيرها لان الليلة حقها فاذا صرفته لواحدة تعين وفرعوا اذا كانت ليلة الواهبة تلي ليلة الموهوبة قسم لها الليلتين متواليتين وان كانت لا تليها فهل له نقلها فيوالي لها الليلتين على قولين للشافعية والحنابلة والاظهر عندي ان ليس له ذلك الا برضا التي يليها في النوبة لانها قد تتضرر بذلك **قوله** ولها ان ترجع قال بعض علماء الحنابلة ليس لها المطالبة به فانه خرج مخرج المعاوضة يعني عن الطلاق وقد سماه الله تعالى صلحا يعني قوله فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا فيلزم كما يلزم ما صولح عليه من الحقوق ولو تمكنت من طلب حقها بعد ذلك كان فيه تغرير الضرر الى اكمل حالته ولم يكن صلحا بل من اقرب اسباب المعادات والشريعة منزهة عن ذلك انتهى وهو انما يفيد عدم المطالبة بالماضي وبه نقول اذ يستلزم عدم حصول المقصود من شرعيته وذلك الاصطلاح عند الاعراض اما فيما بعده فلا لانه لم يجب فكيف يسقط فان قيل يلزم ثبوت الضرر لها اذا فلنا لم يحرم عليه طريق الخلاص وقد كان يريد طلاقها لولا المصالحة عليه فاذا اختلفت دفعت به الكره عنها فله ان يفعل ما كان يريد فعله ويحصل الخلاص والله سبحانه اعلم **فرع** نختم بها كتاب النكاح لا يجوز ان يجمع بين الضرائر الا بالرضاء ويكره وطي احديهما بحضرة الاخرى ولها ان لا تجيبه

لا التقييد

بلغت

كتاب الرضاع

قال قليل الرضاع وكثيره سواء اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات

اذا طلبت وله ان يمنعها من اكل ما يتأذى من رائحته ومن الغزل وعلى هذا له ان يمنعها من التزين بما يتأذى بريحه كأن يتأذى برائحة الحناء المخضر ونحوه وله ضربها على ترك الزينة اذا كان يريدها وترك الاجابة وهي طاهرة والصلاة وشرطها الا ان تكون ذمية فليس له جبرها على غسل الجنابة والحيض والنفاس عندنا وله ضربها على الخروج من منزله بلا اذن الا ان احتاجت الى الاستفتاء في حادثة ولم يرض الزوج ان يستفتي لها او هو غير عالم ما لم تقع الى الاستفتاء وله ان يمنعها من الخروج الى مجلس العلم والا ان يكون ابوها زمنا وليس له من يقوم عليه مؤمنا كان او كافرا فان عليها ان تعصي الزوج في المنع ولو كان لها ام شابة تخرج الى الوليمة والمصيبة او لغيرهما لا يمنعها ابنها ما لم يتحقق خروجها للفساد فيرفع الامر الى القاضي فان اذن له بالمنع له منعها القيامة مقامه والله اعلم بالصواب

كتاب الرضاع

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لا يعيش غالبا في ابتداء انشائه الا بالرضاع وكان له احكام تتعلق به وهو من آثار النكاح المتأخرة عنه بمدة وجب تأخيره الى آخر احكامه قيل وكان ينبغي ان يذكره في المحرمات لكنه افرده بكتاب على حدة لاختصاصه بمسائل كشهادة النساء وخلط اللبن ونحوه والحق انه ذكر في المحرمات ما يتعلق بالحرمة به وانما ذكر هنا التفاصيل الكثيرة والرضاع والرضاعة بكسر الراء فيهما وفتحها اربع لغات والرضع الخامسة وانكر الاصمعي الكسر مع الهاء ونقله في الصحيح من حد علم يعلم وقائل تحت الكرام ضرب به على قول السلولي يذم علماء زمانه وذموا لنا الدنيا وهم يرضعونها ثم قيل كتاب الرضاع ليس من تصنيف محمد وانما عمله بعض اصحابه ونسبه اليه ليروجه ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد ابو الفضل في مختصره المسمى بالكافي مع التزامه ايراد كلام محمد في جميع كتبه محذوفة التعاليل والعامة على انه من اوائل مصنفاته وانما لم يذكره الحاكم اكتفاء بما اورده من ذلك في كتاب النكاح وهو في اللغة مص اللبن من الثدي منه قولهم لئيم راضع اي يرضع غنمه ولا يحلبها مخافة ان تسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن وفي الشرع مص الرضيع اللبن من ثدي الآدمية في وقت مخصوص اي مدة الرضاع المختلف في تقديرها **قوله** قليل الرضاع وكثيره اذا تحقق في مدة الرضاع تعلق به التحريم وبه قال مالك ولو شك فيه بان ادخلت الحلمة في فم الصغير وشكت في الارتضاع لا تثبت الحرمة بالشك وهو كما لو علم ان صبية ارضعتها امرأة من قرية ولا يدري من هي فتزوجها رجل من اهل تلك القرية صح لانه لم يتحقق المانع من خصوصية امرأة والواجب على النساء ان لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة واذا ارضعن فليحفظن ذلك وليشهرنه وليكتبنه احتياطا وقال الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات مشبعات في خمسة اوقات متفاصلة عرفا وعن احمد روايتان كقولنا وكقوله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان الحديث رواه مسلم في حديثين مجموعه حديث عائشة رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم قال لا تحرم المصة والمصتان وآخر عن ام الفضل بنت الحارث قالت دخل اعرابي على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيتي فقال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم اني كانت لي امرأة فتزوجت عليها اخرى فزعمت امرأتي الاولى انها ارضعت الحدثى رضعة او رضعتين فقال صلى الله عليه وسلم لا تحرم الاملاجة والاملاجتان واخرجه ابن حبان في صحيحه حديثا واحدا عن عبد الله بن الزبير عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان فقول الشارح في قوله ولا الاملاجة والاملاجتان انه لم يثبت في كتب الحديث ليس بصحيح والاملاجة الارضاعة والتاء للوحدة والاملاج الارضاع والملجة الرضعة وملج هو امه رضعها وهذا الحديث لا يصلح لاثبات مذهبه وقيل يمكن ان يثبت به مذهبه بطريق هو ان المصة داخلة في المصتين فحاصله لا تحرم المصتان ولا الاملاجتان فنفى التحريم عن اربع فلزم ان يثبت بخمس وهذا ليس بشيء اما اولا فلان مذهبه ليس التحريم بخمس مصات بل بخمس مشبعات في اوقات واما ثانيا فلان المصة فعل الرضيع والاملاجة الارضاعة فعل المرضعة فحاصل المعنى انه صلى الله عليه وسلم نفى كون الفعلين محرمين منه ومنها وعلى هذا فالتحقيق انه لا يتأتى حديثا واحدا

لقوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الإملاجة ولا الإملاجتان

لأن الإملاج ليس حقيقة المحرم بل لازمه من الارتضاع فنفي تحريم الإملاج نفي تحريم لازمه فليس الحاصل من لا تحرم الإملاجتان إلا لا تحرم لازمهما
أعني المصتين فلو جمعا في حديث واحد كان الحاصل لا تحرم المصتان لا المصتان فلزم أن لا يصح أن يراد إلا المصتان لا الأربع فإن قلت فقد ذكر له
أيضا حديثا واحدا في صحيح ابن حبان من رواية ابن الزبير عن أبيه قلت يجب كون الراوي جمع بين اللفظين إذ أراد أن يجمع بين لفظيه صلى الله عليه وسلم التي
سمعها منه في وقتين كأنه قال قال صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان وقال أيضا لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان قيل بطريق آخر وهو
أن كلا منهما يثبت به مذهب لعدم القائل بالفصل وليس كذلك فإنه قال بالفصل أبو ثور وابن المنذر وداود وأبو عبيد وهو لائمة
الحديث قالوا المحرم ثلث رضعات لأن اللام لا تعتبر قولهم وفيه نظر لقوة وجه ما نسب إلى وجه قول الشافعي وهو ذلك الذي ثبت به مذهبه
ما في مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن فتوفي النبي صلى الله
عليه وسلم وهي فيما يقرأ من القرآن قالوا هذا يدل على قرب النسخ حتى أن من لم يبلغه كان يقرؤها وهو لا يستقيم إلا على إرادة نسخ الكل إلا أن يراد
ضياع بعض القرآن الذي لم ينسخ ورسمه كما عن الروافض وإلا وجب أن تتلى خمس رضعات أي مقدار الأمرين لكن نسخ الكل لعدم التلاوة الآن فيبقى
توقف ثبوت الحرمة على خمس رضعات وهو مشتبه قول الروافض ذهب كثير من القرآن بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تثبته الصحابة ثم هو إذا بطل
التمسك به وإن كان إسناده صحيحا لانقطاعه باطنا وثبت نفي تحريم المصة والمصتان والرضاع محرم وجب التحريم بالثلث بما روي منها أنها كانت
في صحيفة تحت سريري فلما مات صلى الله عليه وسلم تشاغلنا بموته فدخلت دواجن فأكلتها لا ينفي ذلك النسخ يعني كان مكتوبا ولم يبطل بعد للفرج
حتى دخلت الدواجن وإلا فالقرآن لا يجوز الزيادة فيه ولا النقص بعده صلى الله عليه وسلم قال تعالى إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون فإن قيل
ليكن نسخ الكل بكون نسخ التلاوة مع بقاء الحكم وإن هذا الجواب عنه فليس بشيء لأن ادعاء بقاء حكم الدال بعد نسخه يحتاج إلى دليل وإلا فالأصل
أن نسخ الدال يرفع حكمه وأما المنظر به من الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما فلولا ما علم بالسنة والإجماع لم يثبت به فإذا احتاج إلى ثبوت كون المحرم
الخمس ولم يكن هذا الحديث مثبتا فالدليل عليه مستأنف وما ذكرناه إلا قد سمعت ما فيه فحينئذ تمسكهم في الثلث أظهر من تمسك في الخمس ويحتاج
إلى جوابه أحوج فكيف لا يعتبر نعم أحسن الأدلة حديث عائشة رضي الله عنها في مسلم وغيره قالت جاءت سهلة بنت سهيل امرأة أبي حذيفة إلى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقالت يا رسول الله إني أرى في وجه أبي حذيفة من دخول سالم وهو حليفه فقال صلى الله عليه وسلم أرضعي سالما خمسا تحرمي بها عليه إلا
أن مسلما لم يذكر عددا وكذا السنن المشهورة بل نقل في مسند الشافعي ومخالفها على ما فيه والجواب أن التقدير مطلقا منسوخ صرح بنسخه ابن عباس
رضي الله عنه حين قيل له إن الناس يقولون إن الرضعة لا تحرم فقال كان ذلك ثم نسخ وعن ابن مسعود رضي قال آل أمر الرضاع إلى أن قليله
وكثيره يحرم وروي عن ابن عمر أن القليل يحرم وعنه أنه قيل له إن ابن الزبير يقول لا بأس بالرضعة والرضعتين فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير
قال تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة فهذا إما أن يكون رجوعا إلى الرواية لنسخها أو لعدم صحتها أو لعدم إجازته تقييد لإطلاق
الكتاب بخبر الواحد فإنه تعالى علق التحريم بفعل الرضاعة من غير فصل وبهذا يقال المروي مما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به ثم الذي يحرم
في حديث سهلة رضي الله عنها صلى الله عليه وسلم لم يرد أن يشبع سالما خمس رضعات في خمس أوقات متفاصلات جائعا لأن الرجل لا يشبعه من اللبن رطل ولا
لا رطلان فأين تجد الآدمية في ثديها قدر ما يشبعه هذا محال عادة فالظاهر أن عدد الخمس فيه المصات ثم كيف جاز أن يباشر عورتها بشفتيه فلعل المراد

ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع لما نبين ثم مدة الرضاع ثلاثون شهرا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا سنتان وهو قول الشافعي رحمه الله وقال زفر رحمه الله ثلاثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال النبي عليه السلام لا رضاع بعد حولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا انه قام المنقص في احدهما فبقي الثاني على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب

ان يحلب لها شيئا مقدار مقدار خمس مصات فيشربه والا فهو مشكل هذا او هو منسوخ من وجه آخر ايضا كما سياتي بيانه والله اعلم **قوله** قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم تقدم في استدلال ابن عمر رضي الله عنه واما قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فحديث في الصحيحين مشهور **قوله** ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية جواب سؤال هو ان الحرمة بالرضاع لاختلاط البعضية بسبب النشو الكائن منه وذلك لا يتحقق بادنى شيء اجاب بان ذلك حكمة لانه خفي والاحكام لا تتعلق بها لخفائها بل بالظاهر المنضبط وهو فعل الارتضاع فلو قال الظاهر لا بد من كونه مظنة للحكمة ومطلقه ليس مظنة النشو فلا يتعلق التحريم به قلنا ولا يتوقف النشو على خمس مشبعات بل واحدة تفيده فالتعلق بخمس زيادة تستلزم تاخير الحرمة عن وقت تعلقها والحق ان الرضاع وان قل يحصل به نشو بقدره فكان الرضاع مطلقا مظنة بالنسبة الى الصغير وقولنا قول جمهور الصحابة رضي الله عنهم منهم علي وابن مسعود رضي اسند الرواية عنهما النسائي وابن عباس رضي الله عنه وجمهور التابعين هذا والاولى ان يقال للبعضية لان الحرمة بشبهة البعضية واقامة السبب مقام السبب انما هي حرمة المصاهرة اما في الرضاع فحقيقة الجزئية باللبن هي المحرمة لكن لما كان التحريم يثبت بمجرد حصول اللبن في الجوف قبل استحالته كان المحرم شبهتها اي ما يؤول الى الجزئية وينبغي ان يكون الارضاع الموجب للتحريم في مدة الرضاع على ما نبين في المسئلة التي تليها

قوله ثم مدة الرضاع التي اذا وقع الرضاع فيها تعلق به التحريم ثلاثون شهرا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا سنتان وهو قول الشافعي رحمه الله ومالك واحمد رحمه الله وقال زفر ثلاثة احوال وعن مالك سنتان وشهر وفي اخرى شهران وفي اخرى ما دام محتاجا الى اللبن غير مستغن عنه وقال بعضهم لا مدة له للاطلاقات فيه التحريم ولو في حال الكبر وعن بعضهم الى خمس عشرة سنة وقال آخرون الى اربعين سنة ولا عبرة بهذين القولين **قوله** لان الحول حسن الخ هذا وجه قول زفر رحمه الله وحاصله انه لا بد من مدة يتعود فيها الصبي غير اللبن لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود فيها الصبي تغير الغذاء والحول حسن للتحول من حال الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة فقدر بالسنة وهذا هو المراد بقوله لما نبين اي في دليل ابي حنيفة رحمه الله ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد حولين رواه الدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنه يرفعه لا رضاع الا ما كان من حولين والظاهر ان المراد نفي الاحكام وقال لم يسنده عن ابن عيينة الا الهيثم بن جميل وهو ثقة حافظ انتهى وكذا وثقه احمد والعجلي وابن حبان وغير واحد وروي موقوفا على ابن عباس رضي الله عنه بلا ريب اخرجه ابن ابي شيبة موقوفا على ابن مسعود وعلي رضي الله عنه والدارقطني على عمر رضي الله عنه واظهر الادلة لهما قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة فجعل التمام بهما ولا مزيد على التمام ولابي حنيفة رحمه الله هذه الآية ووجهها انه سبحانه ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحدة منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين على شخصين بان قال اجلت الدين الذي لي على فلان والدين الذي لي على فلان سنة يفهم منه ان السنة بكمالها لكل او على شخص فيقول لفلان علي الف درهم وعشرة اقفزة الى سنة فصدقه المقر له انهما فاذا مضت السنة تم اجلهما جميعا الا انه قام المنقص في احدهما يعني في مدة الحمل وهو قول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بقدر فلكة مغزل وفي رواية ولو بقدر ظل مغزل ومثله مما لا يقال الا سماعا لان المقدرات لا يهتدي العقل اليها وستخرجه في موضعه ان شاء الله تعالى وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين فيبقى مدة الفصال على ظاهره غير ان هذا يستلزم كون لفظ ثلاثين مستعملا في اطلاق واحد في مدلول ثلاثين وفي اربعة وعشرين وهو الجمع بين الحقيقي والمجازي بلفظ واحد وهو [illegible] لكن [illegible] المتن ولا لم تمتنع لانه ما من جمع الا بالنسبة الى شيئين واشكال آخر وهو ان اسماء العدد لا يجوز لشيء منها في الآخر نص عليه كثير من

قال وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولأن الحرمة باعتبار النشوء وذلك في المدة إذ الكبير لا يتربى به

لأنها بمنزلة الأعلام حال تسميتها حتى منعت الصرف مع سبب واحد فقالوا ستة ضعف ثمانية عشر بلا تنوين وممن ذكره صاحب النهاية في فصل المشيئة من كتاب الطلاق لأنه يقتضي أن نحو عشرة إلا اثنين لم يرد به ثمانية بل عشرة فأخرج ثم أسند إلى ثمانية وهو قول طائفة من الأصوليين مطلقا ومختار طائفة من المشايخ فيما إذا كان استثناء من عدد منهم شمس الأئمة وفخر الإسلام والقاضي أبو زيد خلاف قول الجمهور وقد حققناه في الأصول ويمكن أن يستدل لأبي حنيفة رحمه الله بقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الآية بناء على أن المراد بالوالدات المطلقات بقرينة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فإن لا فائدة في جعلها نفقتها من حيث هي ظئر أوجه منها في اعتباره إيجاب نفقة الزوجة لأن ذلك معلوم بالضرورة قبل البعثة ومن قوله تعالى لينفق ذو سعة الآية ولأن نفقتها لا تختص بكونها والدة مرضعة بل متعلقة بالزوجية بخلاف اعتبارها نفقة الظئر يكون حجة أجرة لها لأن النفقة باعتبار الظئر أو غير زوجة لا يكون إلا أجرة لها واللام من لمن أراد متعلق بيرضعن أي يرضعن للآباء الذين أرادوا إتمام الرضاعة وعليهم رزقهن وكسوتهن بالمعروف أجرة لهن في الحولين وإذا كانت الواو من وعلى المولود له للحال من فاعل يتم كان أظهر في تقييد الأجرة المستحقة على الآباء أجرة للمطلقة بحولين وغاية ما يلزم أنه كان مقتضى الظاهر أن يقال وعليه أو عليهم لكن ترك للتنبيه على علة الاستحقاق عليه وهو كون الولد منسوبا إليه أن النسبة إلى الآباء والحاصل يرضعن حولين لمن أراد من الآباء أن يتم الرضاعة وبالأجرة وهذا لا يقتضي أن انتهاء مدة الرضاعة مطلقا بالحولين بل مدة استحقاق الأجرة بالإرضاع ثم يدل على بقائها في الجملة قوله تعالى فإن أرادا فصالا عطفا بالفاء على يرضعن حولين علق الفصال بعد الحولين على تراضيهما وقد يقال كون الدليل دل على بقاء مدة الرضاع المحرم بعد الحولين فأين الدليل على انتهائها البتة أشهر بعدهما بحيث لو رضع بعدها لا يقع التحريم وما ذكر في وجه زيادتها لا يفيد سوى أنه إذا أريد الفطام يحتاج إليها ليعود إليها غير اللبن قليلا قليلا لتعذر نقله دفعة فأما أنه يجب ذلك بعد الحولين ويكون من تمام مدة التحريم شرعا فليس بلازم مما ذكر من الأدلة ولا شك أن الشرع لم يحرم الطعام غير اللبن قبل الحولين ليلزم زيادة مدة التعود عليها فجاز أن يعود مع اللبن غيره قبل الحولين بحيث تكون العادة قد استقرت مع انقضائهما فيفطم عنده من اللبن بمرة فليس الزيادة بلازمة في العادة ولا في الشرع فكان الأصح قولهما وهو مختار الطحاوي وقول زفر على هذا أولى بالبطلان هو ظاهر ويرجع قوله تعالى فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور المراد قبل الحولين فإنه موضع التردد في أنه يضر بالولد أو لا فيتشاوران ليظهر وجه الصواب فيه وأما ثبوت الضرر بعد الحولين فقل أن يقع به من حيث أنه فطام بل إن كان فمن جهة أخرى فتمنعه العمومات المانعة من إدخال الضرر على غير المستحق له **قوله** وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم فطم أو لم يفطم حتى لو ارتضع لا يثبت التحريم خلافا لمن قال بالتحريم أبدا للإطلاقات الدالة على ثبوت التحريم به وهو مروي عن عائشة رضي الله عنها وكانت إذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم أو بعض بنات أختها أن ترضعه خمسا والحديث سهلة المتقدم والجواب أن هذا كان ثم نسخ بآثار كثيرة من النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضوان الله عليهم أجمعين يفيد اتفاقهم عليه فمنها ما قدمناه في سند الإمام من قوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع إلا ما كان في حولين وقدمنا تخريجه مرفوعا وموقوفا على ابن عباس وعلي وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم أجمعين وما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام لا رضاع بعد الفصال والمراد نفي الحكم لأنه قد ثبت حقيقته بعده وما في الترمذي من حديث أم سلمة أنه صلى الله عليه وسلم قال لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام قال الترمذي حديث صحيح وفي سنن أبي داود من حديث ابن مسعود يرفعه لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم يروى بالراء المهملة أي أحياه منه قوله تعالى ثم إذا شاء أنشره وبالزاي رفعه وبالزيادة الحجم يرتفع وفي الصحيحين عن عائشة أنه دخل على رسول الله

ولا يجتزأ بالطعام قبل المدة إلا في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله إذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغير الغذاء وهل يباح الإرضاع بعد المدة قد قيل لا يباح لأن إباحته ضرورية لكونه جزء الآدمي **قال** ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي رويناه إلا أم أخته من الرضاع فإنه يجوز أن يتزوجها ولا يجوز أن يتزوج أم أخته من النسب لأنها تكون أمه أو موطوءة أبيه بخلاف الرضاع ويجوز تزوج أخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لأنه لما وطئ أمها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع

صلى الله عليه وسلم وعندي رجل فقال يا عائشة من هذا قلت أخي من الرضاعة فقال يا عائشة انظرن من إخوانكن فإن الرضاعة من المجاعة يعني أن الرضاعة ينبغي أن يكون رضاعة ذلك الشخص كانت في حالة الصغر فإن قلت عرف من أصلكم أن عمل الراوي بخلاف ما روى يوجب الحكم بنسخ ما روى فلا يعتبر حكمه بمنزلة روايته للناسخ وحديث الصحيحين وهو قوله إنما الرضاعة من المجاعة رواية عائشة رضي الله عنها وعملها بخلافه فيكون محكوما بنسخ كون الرضاع الكبير محرما قلنا المعنى أنه إذا لم يعرف من الحال سوى أنه خالف مرويه حكمنا بأنه اطلع على ناسخه في نفس الأمر ظاهرا إلا أن المطابقة لا يخطئ في ظن غير الناسخ ناسخا فقط فلو اتفق في خصوص محل أن عمله بخلاف مرويه كان للمنصوص لسبب علمناه غلط المجتهد فيه في استدلاله بذلك الدليل لا شك أنه يكون مما يحكم فيه بمنع مر لأن ذلك ما كان إلا إحسانا للظن بنظره فإذا تحققنا في خصوص مادة خلاف ذلك وجب اعتبار مرويه بالضرورة دون رأيه في الموطأ أبي واحد عن يحيى بن سعيد أن رجلا سأل أبا موسى الأشعري فقال إني مصصت من امرأتي من ثديها لبنا فذهب في بطني فقال أبو موسى لا أراها إلا قد حرمت عليك فقال عبد الله بن مسعود انظر ما يفتي به الرجل فقال أبو موسى فما تقول أنت فقال عبد الله لا رضاعة إلا ما كان في الحولين فقال أبو موسى لا تسألوني ما دام هذا الحبر بين أظهركم هذه رواية الموطأ فرجوعه إليه بعد ظهور النصوص المطلقة وعن افتائه بالحرمة لا يكون إلا ليتذكر والتاريخ له أو لتذكره عن وغير عائشة رضي الله عنها من نساء النبي صلى الله عليه وسلم أبين ذلك ويقولون لا نرى هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا رخصة لسهلة خاصة ولعل سببه التفرد بما يخالف أصول الشرع حيث يستلزم مس عورتها بشفتيه فتكلم بإذن ذلك خصوصية وقيل لشبهة أنه شهيت في الموطأ عن ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال كانت لي وليدة فكنت أصيبها فعمدت امرأتي إليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت دونك فقد والله أرضعتها فقال عمر أوجعها وائت جاريتك فإنما الرضاعة رضاعة الصغر **قوله** ولا يعتبر الفطام قبل المدة حتى لو فطم قبل المدة ثم أرضع فيها ثبت التحريم إلا في رواية عن أبي حنيفة أنه إذا فطم قبل المدة وصار بحيث يكتفي بغير اللبن لا تثبت الحرمة إذا أرضع فيها رواها الحسن عنه وفي الواقعات المختار للفتوى هو ظاهر الرواية بالمنصوص قامت اللفظة مقام المنية فإن ما قبل المدة مظنة عدم الاستغناء وهل يباح الإرضاع بعد المدة قيل لا لأنه جزء الآدمي فالانتفاع به للضرورة وقد اندفعت وعلى هذا لا يجوز الانتفاع به للتداوي وأهل الطب يثبتون للبن البنت أي الذي نزل بسبب بنت مرضعة نفعا لوجع العين واختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز وقيل يجوز إذا علم أنه يزول به الرمد ولا يخفى أن حقيقة العلم متعذر فالمراد إذا غلب على الظن وإلا فهو معنى المنع يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي رويناه وهو بهذا اللفظ **قوله** إلا أم أخته من الرضاع يصح اتصال من الرضاع بكل منها وفيها من جهة المعنى فالأول أن يكون للرجل أخت من النسب لها أم من الرضاعة لم تكن أرضعته تحل له والثاني أن يكون له أخت من الرضاعة من النسب تحل له جهة الرضاعة إذا لم تكن هي المرضعة والثالث أن يرضع الصبي والصبية امرأة وللأخت من الرضاعة أم أخرى من الرضاع تحل للصبي أي من جهة الرضاعة فأما تعلق بالأم حالا منها لأن الأم معرفة فيجيء الجار والمجرور حالا منها لا متعلقا بمحذوف وليس صفة لأنه معرفة أعني أم أخته لأنه مضاف إليه وليس فيه شيئا من مسوغات مجيء الحال منه ومثل هذا يجيء في أخت ابنه ولو قال أخت ولده كان أشمل فالأول له ابن من النسب من الرضاعة بأن ارتضع مع أجنبية من لم تكن امرأة أبيه حلت لأبيه لأنها ليست بنته من الرضاعة ولا ربيبته والثاني له ابن من الرضاع بأن أرضعت زوجة الرجل حلت للرجل أخته من النسب والثالث له ابن من الرضاع كما ذكرنا له أخت من الرضاعة من غير زوجة ذلك الرجل بأن لا حلت أخت ابنه من الرضاعة وعلة استثناء الأول بعدم وجود المحرم من النسب فيه الذي هو معنى قوله بخلاف الرضاع هو تعليله الحرمة

وام اخت ابيه او امراة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني

من النسب يكون اما او موطوءة ابيه وكذا في تعليل اخراج اخت ابنه من الرضاع بقوله لم يوجد هذا المعنى في الرضاع بعد تعليله حرمة اخت الابن
من النسب بقوله لانه لما وطئ امها حرمت عليه انما اقتصر على هذا بناء على انها ليست ابنته لوضوح الشق الآخر فافاد بالتعليلين ان المحرم في الرضاع وجود المعنى المحرم في النسب
فيفيد انه اذا انتفى في شيء من صور الرضاع انتفت الحرمة فيستفاد انه لا حصر فيما ذكر وقد نبه لذلك الانتفاء في صور اخرى لام النافلة من الرضاع بان ارضعت
نافلتك اجنبية يجوز التزوج بها لانتفاء سبب التحريم في النسب وهي كونها بنتا او حليلة الابن الثابتة جدته ولدك من الرضاع بان ارضعت ولدك اجنبية لها ام يجوز تزوجك
بالام لانها ليست امك ثم ادعيهم ام العم من الرضاع وام الخال من الرضاعة وكذا اخت ولدك لانها من النسب اختك وليست اختا من الرضاع وكذا المرأة يحل لها ان تتزوج
ابن اختها من الرضاع وبأخ ولدها وباخي حفيدها بامته وخاله ولا يجوز ذلك كله في النسب لما قلنا في حق الرجل وقد جمعت في قوله يفارق النسب
الرضاع في صور كام نافلة وجدة الولد وام عم واخت ابن وام اخ وام خال وعمة ابن اعتمد واستشكل الحاق ام العم وام الخال بانهما اما ان يكون كل منهما جدة من الرضاع او موطوءة
جد من الرضاع وكلاهما محرم في النسب لان المراد بالعم من الرضاع من رضع مع ابيه وبالخال من رضع مع امه ولهذه الام اخرى من النسب او الرضاع فيستقيم ولقائل ان
يمنع الحصر لجواز كونها لم ترضع اباه ولا امه فلا تكون جدة من الرضاع ولا موطوءة جد بل اجنبية ارضعت عمه من النسب او خاله ثم قال طائفة هذا الاخراج تخصيص
للحديث اعني يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب بدليل العقل والمحققون على انه ليس تخصيصا لانه احال ما يحرم بالرضاع على ما يحرم بالنسب وما يحرم
بالنسب هو ما تعلق به خطاب تحريمه وقد تعلق بما عبر عنه بلفظ الامهات والبنات واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت فما كان من مسمى
هذه الالفاظ متحققا في الرضاع حرم فيه والمذكورات ليس شيء منها مسمى تلك فكيف يكون مخصصة وهي غير متناولة وكذا اذا لم يتناول الاسم في النسب
جاز النكاح كما اذا ثبت النسب من اثنين ولكل منهما بنت جاز لكل منهما ان يتزوج بنت الآخر وان كانت اختا لولده من النسب وانت اذا
تحققت مناط الاخراج امكنك تسمية صور اخرى والاستثناء في عبارة الكتاب على هذا يجب ان يكون منقطعا اعني قوله يحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب الا ام اخته الخ وجاز في الاستدلال على تحريم حليلة الاب والابن من الرضاع بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب مشكل
لان حرمتهما ليست بسبب النسب بل بسبب المصاهرة فان المحرمات من النسب سبع وهن اللاتي عددناهن آنفا كما في آية المحرمات وبابهن فيها المحرمات
بالرضاع والمصاهرة ومقتضى الحديث ان ما كانت اما من الرضاعة او بنتا او اختا او بنت اخ او اخت تحرم فاثبات تحريم حليلة كل من الاب والابن من الرضاع
قوله ولا دليل بل الدليل يفيد حلهما وهو قيد الاصلاب في الآية وكونه لاخراج حليلة المتبنى لا ينفي ان يكون لاخراج حليلة الاب والابن من الرضاع ايضا
لذلك فكان الاخراج بهما ايضا ولا يلزم كون الحديث غير معمول به على هذا التقدير بل يعمل على كل من الحديث والنص مقتضى لفظه بخلاف حرمة الجمع بين الاختين
من الرضاع فان الحديث المذكور يفيد منعه لانه يحرم من النسب الجمع بين الاختين منه فكذا الجمع بين الاختين من الرضاع فان قلت فليثبت بالقياس
على حرمة المصاهرة بجامع الجزئية فان الجواب ان الجزئية المعتبرة في حرمة الرضاع هي الجزئية الكائنة عن انشاز العظم وانبات اللحم لا مطلق الجزئية الكائنة وهذه
ليست الجزئية الكائنة في حرمة المصاهرة اذ لا انبات لحم من المني المنصب في الرحم لانه غير واصل من الاعلى فهو بالحقنة اشبه منه بالشرب حيث يخرج كله
شيئا فشيئا لا يبقى منه شيء ولا يستحيل الى جوهر الانسان كما يخرج المني وبعده فلا يبقى منه في المرأة شيء يستحال الى جوهرها **قوله** وامرأة ابيه وامرأة ابنه من الرضاع
لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب اي كما لا يجوز تزوج امرأة ابيه وامرأة ابنه من النسب كذلك لا يجوز تزوج امرأة ابيه وامرأة ابنه من الرضاع فان قيل ذكر
الاصلاب في هذه المحرمات يحرمها اجيب بانها نزلت لاسقاط طعنهم بسبب تزوجه صلى الله عليه وسلم زوجة المتبنى فالقيد لاسقاط حرمة زوجة المتبنى

على ما بيناه ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وابنائه ويصير الزوج
الذي نزل لها منه اللبن ابا للرضيعة وفي احد قولي الشافعي لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن
بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها ليلج
عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة
احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه
من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها

ان يقال فما من بنت تحرم بها يجاب بعموم حديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقد علمت ما في الجوهرة من فروعها فرع لطيف هو رجل
زوج ام ولده من رضيع ثم اعتقها فاختارت نفسها ثم تزوجت بزوج آخر وولدت منه ثم جاءت بلبن الرضيع الذي كان زوجها فارضعته حرمت على زوجها
لان الصغير صار ابنا له فلو بقي النكاح صار متزوجا بامرأة ابنه من الرضاعة قوله على ما بيناه اي في فصل المحرمات قوله ولبن الفحل هو من اضافة
الشيء الى سببه يتعلق به التحريم يعني اللبن الذي نزل من المرأة بسبب ولادتها من رجل زوج او سيد يتعلق به التحريم بين من ارضعته وبين ذلك الرجل
بان يكون ابا للرضيع فلا تحل له ان كانت صبية لانه ابوها ولا لاخوته لانهم اعمامها ولا لآبائه لانهم اجدادها ولا لاعمامه لانهم اعمام الاب و
لا لاولاده وان كانوا من غير المرضعة لانهم اخوتها لابيها ولا لابناء اولاده لان الصبية عمتهم واذا ثبتت هذه الحرمة من زوج المرضعة فمنها اولى
فلا يتزوج ابوها لانه جدها ولا اخاها لانه خالها ولا اعمامها لانها بنت بنت اخيه ولا اخوالها لانها بنت بنت اخته ولا ابناءها وان كانوا من غير صاحب اللبن لانهم
اخوتها لامها ولو كان لرجل زوجتان ارضعت كل منهما بنتا لا تحل لرجل ان يجمع بينهما لانهما اختان من الرضاع لاب بخلاف ما لو تزوجت
برجل وهي ذات لبن لآخر قبله فارضعت صبية فانها ربيبة للثاني وبنت للاول فيحل تزوجها بابناء الثاني وبناته ولو كان المرضع صبيا حل
تزوجه ببناته هذا ما لم تلد من الثاني فاذا ولدت من الثاني فان ارضعت رضيعا فهو ولد للثاني وان حبلت من الثاني وهي ذات لبن من الاول
فلو ...اللبن من الثاني فالرضيع به ولد له عند ابي حنيفة رح وتثبت منه الحرمة خاصة وعند محمد رح ولد لهما فتثبت الحرمة من الزوجين وقال ابو يوسف
ان علم ان اللبن من الثاني بامارة كزيادة فهو ولد الثاني والا فهو ولد الاول وعنه ان كان اللبن من الاول غالبا فهو له وان كان من الثاني فله
للثاني وان استويا فلهما وبقول ابي حنيفة قال الشافعي رح في الجديد وقد حكى الخلاف هكذا ان زاد اللبن بالحبل فهو ابنهما عندهما وابن الاول عند ابي حنيفة
وكونه ابنهما بزيادة اللبن مطلقا انسب بقول محمد فيما اذا اختلط لبن امرأتين كما سيعلم فيها وبخلاف ما لو ولدت للزوج فنزل لها لبن فان
لم تلد ... فارضعت به صبية فان لولد زوج المرضعة من غيرها التزوج بهذه الصبية لان هذا ليس لبن الفحل ليكون هو ابا لها كما لو لم تلد
اصلا او نزل لها لبن فانه لا تثبت به رضاعها تحريم بين ولد زوجها ومن ارضعته لانه ليس لبنا ينسب اليه بسبب الولادة منه فاذا انتفت الابوة انتفت
وكان كلبن البكر ولبن الزنى كالحلال فاذا ارضعت به بنتا حرمت على الزاني وآبائه وابنائه وابناء ابنائهم وان سفلوا وفي التجنيس من علامة النجاح
الناطفي عن الشيخ ابي عبد الله الجرجاني كان يقول في الدرس لا يجوز للزاني ان يتزوج بالصبية المرضعة ولا لآبائه ولا اجداده ولا اولاده
واولادهم ولعم الزاني ان يتزوج بها كما يجوز ان يتزوج بالصبية التي ولدت من الزاني لانه لم يثبت نسبها من الزاني حتى يظهر فيها حكم القرابة والتحريم
على الزاني واولاده لاعتبار الجزئية والبعضية ولا جزئية بينها وبين العم واذا ثبت هذا في حق المتولد من الزنى فكذا في حق المرضعة بلبن الزنا قال
الولوالجية وكذا لو لم تحبل من الزنا وارضعت بلبن الزاني تحرم على الزاني كما تحرم بنتها عليه من النسب وذكر الويري ان الحرمة تثبت من جهة الام
ولا تثبت من الاب وكذا ذكر الاسبيجابي وصاحب الينابيع وهو اوجه لان الحرمة من الزنا للبعضية وذلك في الولد نفسه لانه مخلوق من مائه
اللبن اذ ليس اللبن كائنا من منيه لانه فرع التغذي بخلاف الولد والتغذي لا يقع الا بما يدخل من اعلى المعدة لا من اسفل البدن كالحقنة
فلا حرمة بخلاف ثابت النسب لان النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب اثبت الحرمة وبه يستدل على ابطال قول
الشافعي انه لا تثبت الحرمة من الزوج ونقل عن بعض الصحابة رض انه لا محرمية بين الرجال وبين من ارضعته زوجته ولانه لو ترك للرجل لبن فارضعته

وكل صبيين اجتمعا على ثدي امرأة واحدة لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت ولا يتزوج المرضعة احد من الولد التي ارضعت لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاعة واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رح هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في اليمين وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رض قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة رح ان الطعام اصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل

فكيف تحرم بلبن هو سبب بعيد فيه قلنا النظر المذكور وما روي عن عائشة رض في الصحيحين ان افلح اخا ابي القعيس استاذن علي بعدما انزل الحجاب فقلت والله لا آذن له حتى استاذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فان اخا ابي القعيس ليس هو ارضعني وانما ارضعتني امرأة ابي القعيس فدخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان الرجل ليس هو ارضعني ولكن ارضعتني امرأته فقال ائذني له فانه عمك تربت يداك وفي رواية تربت يمينك الى غيره من الاحاديث الثابتة بالحكم المذكور بحيث تضاد معها ذلك المعقول على انه قد قيل انه لا يتغذى الولد به واما لبن الرجل فسنذكره الصدر واذا ثبت عدم حرمة الرضيعة بلبن الزاني على الزاني كما ذكرنا فعدم حرمتها على زان ليس اللبن منه اولى بخلاف ما في الخلاصة ولكن يخالف المسطور في الكتب المشهورة اذ يقتضي تحريم بنت المرضعة بلبن غير الزوج على الزوج بطريق اولى وتقدم البحث في دلالة حديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب على حرمة الرضيعة من الزنى قوله ولانه سبب لنزول اللبن منها فتضاف الحرمة اليه احتياطا كالمصاهرة وانت علمت الفرق بل حقيقة الحال ان حقيقة البعضية تثبت بين المرضعة والرضيع فاثبت حرمة الابنية ثم انتشرت لوازم تحريم الولد قوله وكل صبيين يريد صبيا وصبية فغلب المذكر في التثنية كالقمرين وهو احد اسباب التغليب كالخفة في العمرين فان عمر اخف من ابي بكر ولو ثنى بحق ابي بكر رض فعند البصريين يكتفي بتثنية المضاف فيقال ابوا بكر وعند الكوفيين يثنون الجزئين فيقولون ابوا البكرين والشهرة كالاقرعين للاقرع بن حابس واخيه قوله ولا تزوج المرضعة بفتح الضاد نورث ويجوز كونها فاعلا فينصب احد مفعوله فيرتفع وباقي الكتاب ظاهر ولا فرق بين كون ولد التي ارضعت رضع مع المرضعة او كان سابقا عليه بسنين كثيرة او مسبوقا بارتضاعها بان ولدته بعد سنين

وكذا لا يتزوج اخت المرضعة لانها خالته قوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رح وقال الاصح انه اذا كان اللبن قدر خمس رضعات حرم والا فلا وكذا الخلط بلبن البهيمة والدواء عنده وبكل مائع وجامد واعتبار الكسائي في جميع ذلك ان يكون اللبن مستهلكا قوله هو اي الشافعي رح يقول انه اي اللبن على ظاهر نقل المصنف وعلى ما هو الاصح مرجع الضمير القدر المحرم منه موجود فيه حقيقة فيستلزم حكمه من التحريم قوله ونحن نقول ما سلف القياس على اليمين على ان لا يشرب لبنا فانه لا يتعلق الحنث بشربه مغلوبا بالماء لان الظاهر حكم الغالب فكذا في هذه الصورة لا يتعلق به التحريم لذلك والظاهر ان حكم هذا القياس عدم اعتبار المغلوب شرعا لا عدم تعلق التحريم لاختلاف حكم الاصل والفرع لانه في الاصل حرمة الشرب بلا ضرورة لهتك حرمة اسم الله تعالى وفي الفرع اصل الشرب والسقي جائز انه يترتب عليه حرمة النكاح ورجح للشافعي رح ان يقول ههنا فارق وهو بناء الايمان على العرف والعرف لا يعتبر المغلوب فلا يقال لشارب ماء فيه لبن مغلوب شربت لبنا الا ان يقال مخلوطا فيقيد به واما ما نحن فيه فالحرمة مبنية على الحقيقة وقد وجدت والموضع موضع الاحتياط ولا مخلص من هذا الا ان يقال انه اذا كان مغلوبا بالماء فيكون غير منبت لذهاب قوته ولا عبرة بالمظنة عند تحقق الخلو عن النبت هذا اذا اختلط بالماء اما لو اختلط بالطعام ففي المسئلة التي ذكرنا عقيب هذه وقولهما فيه كقولهم في الاختلاط بالماء وعند ابي حنيفة رح لا يتعلق به تحريم وان غلب اللبن هذا اذا لم تمسه النار اما ان طبخ فلا تحريم مطلقا بالاتفاق لهما ان العبرة للغالب فصار كالماء اذا لم يغيره شيء عن حاله وعن ابي حنيفة رح ان الطعام اصل واللبن تابع فيما هو المقصود وهو التغذي وهذا لان خلط اللبن بالطعام لا يكون للرضيع الا بعد تعوده بالطعام وتغذيه به وعند ذلك يقل تغذيه باللبن ونشوؤه منه فقد اجتمع في جوفه ما ينبت واحدهما اكثر وهو الطعام فيسلب الآخر الرقيق مستهلكا فلا يثبت التحريم فان قيل فرض المسئلة ان اللبن غالب في القصعة لا عند وقوع الاكثر الواصل الى جوفه الطعام حتى لو كان ذلك الطعام رقيقا يشرب اعتبرنا غلبة اللبن ان غلب اثبتنا الحرمة ثم قال المصنف ولا معتبر بتقاطر اللبن هو الصحيح

وان اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول واذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلبت لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف رح لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر رحهما تعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة رح في هذا روايتان واصل المسألة في الايمان واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشو فتثبت به شبهة البعضية واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رح هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطيها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر في حق الميتة دفنا وتيمما اما الجزئية في الوطي لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا

احترز من قول من قال من المشايخ ان عدم اثبات ابي حنيفة رح الحرمة اذا كان اللبن غالبا اذا لم يكن متقاطرا عند رفع اللقمة اما معه فيحرم اتفاقا لان تلك القطرة اذا دخلت الجوف اثبتت التحريم والصحيح اطلاق عدم الحرمة لان التغذي ح بالطعام لا اللبن والتغذي مناط التحريم قوله فان اختلط اي اللبن بالدواء حاصله ان كان اللبن اذا كان غالبا مع الدواء ظهر تضمن الدواء للتقوية وعلى هذا اذا اختلط بالدهن والنبيذ تعلق به التحريم سواء اوجر به او استعط قوله واذا اختلط اللبن بلبن شاة فان كان الغالب لبن الآدمية تعلق التحريم بشرب الصغير اياه او لبن الشاة لا يتعلق به التحريم لان لبن الشاة لما لم يكن له اثر في اثبات الحرمة التحريم كان كالماء فيعتبر الغالب ولو تساويا وجب ثبوت الحرمة لانه غير مغلوب فلم يكن مستهلكا قوله واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف رح وبه قال الشافعي رح وقال محمد رح تثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر رح وعن ابي حنيفة رح روايتان في رواية كقول ابي يوسف رح وفي رواية كقول محمد رح وجه قول ابي يوسف رح جعل الاقل تابعا للاكثر ووجه قول محمد رح ان الجنس لا يغلب جنسه فلم يكن شيء منهما تابعا حقيقة التحريم من كل منهما ثابت واصل المسألة في الايمان اذا حلف لا يشرب لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة اخرى فشربه ولبن البقرة فيه المحلوف عليها مغلوب ففي النهاية والدراية هو على الخلاف الذي بيناه وقال الشارح عند محمد رح يحنث مستندا بالكشف ولا يخفى انه انما يكون اصلا للخلاف اذا كان على ما في النهاية وكان ميل العراقي الى قول محمد رح حيث اخر دليله فان الظاهر ان من تأخر كلامه في المناظرة كان القاطع للآخر واصلا الى السكوت ظاهر في الانقطاع ورجح بعض المشايخ قول محمد ايضا وهو ظاهر قوله واذا نزل للبكر لبن تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشو وعليه الاربعة الا في رواية عن الشافعي رح ورواية عن احمد لانه نادر واشبه لبن الرجل قلنا ندرة الوجود لا تمنع عمل الدليل اذا وجد وسنذكر لبن الرجل قوله واذا حلب لبن امرأة بعد موتها فاوجر به صبي تعلق به التحريم وبه قال مالك واحمد رح خلافا للشافعي رح هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى به الحرمة الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها لهذا اي لعدم المحلية لا يوجب وطيها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب الحرمة وحاصله الفارق بين الاجنبية وبين ما اذا كانت حية الخرقية هي اذا كانت ميتة وهو موتها ان حيوتها ليس جزء السبب لتنتفي الحرمة بانتفائه بل حصول الجزئية تمام الكلية لقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم الحديث وهو حاصل بلبن الميتة والارتضاع تمام العلة وموتها غير مانع لان مانعيته ان اضيفت الى انتفاء محليتها للحكم فالحكم منتف لثبوت بعضها كما لو تزوج رجل بهذه الصبية في الحال حل له دفن الميتة وتيممها لانها محرم حالة زوجته وايضا بالنسبة الى غيرها حتى لا يجوز الجمع بين الرضيعة وبنت الميتة لانهما اختان او بالنسبة الى حرمة نكاحها فقد منعنا تأثيره في زيادة المانعية بل مفسديته انتفاء الحكم مطلقا لان بين المانعية بان الحكم وهو حرمة النكاح يثبت اولا فيها ثم يتعدى قلنا ان اردت انه لا يتعدى الى غيرها الا بعد ثبوته فيها منعناه بل كل ذلك عند الاتفاق مع ان الحرمة انما تثبت في الكل معا والتقدم في الام ذاتي لا زماني فاذا تحقق المانع في محلها ثبت فيمن سواها ولو سلم لتعدى بنجاسته يمنع الحرمة كرامة اذ فيه تكثير الاعوان على الفاسد والنساء وبالموت تنجس فان اراد حسا منعناه بل لبن الميتة انما هو طاهر عند ابي حنيفة رح وقد منعنا بان التنجس بالموت لما حلته الحيوة قبله وهو منتف في اللبن وقد كان طاهرا فيبقى كذلك لعدم المنجس اذ لم يطرأ عليه سوى الخروج من باطن الى ظاهر والمتقرر من الشرع فيه انه لا يوجب تغير وصفه بخلاف البول وابو يوسف رح ومحمد رح انما قالا بتنجسه بالمجاورة فلو كان النجس هو غير مانع من الحرمة كما لو حلب في اناء نجس فاوجر به الصبي تثبت الحرمة وان اراد التنجس منعنا والاذكرناه والوجور الدواء يصب في الحلق بفتح الواو والسعوط ما يصب من الانف ويقال اوجرته ووجرته قوله اما الحرمة في الوطي جواب عن قياسه على عدم حرمة المصاهرة بوطيها بالفرق وهو ان سبب الحرمة في الرضاع

واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد انه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء فاما المحرم في الرضاع معنى النشوء ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى واذا نزل للرجل لبن فارضع صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها

الاثبات والنشوء بواسطة التغذي وفي حرمة المصاهرة الجزئية الحاصلة بواسطة الولد ولا يتصور الولد بعد الموت فلم تتصور الجزئية بخلاف الجزئية المثبتة في الرضاع لانها واقعة في ارتضاع لبن الميتة **قوله** واذا احتقن قال في المغرب الصواب حقن اذا عولج بالحقنة واحتقن بالضم غير جائز قال في النهاية لكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله على بناء المفعول انتهى يريد ان منع البناء للمفعول على ما في المغرب لعدم التعدي واذ قد نص صاحب تاج المصادر على ما يفيد انه متعد لم يكن بناؤه للمفعول خطأ وهذا غلط لان ما في تاج المصادر من التفسير لا يفيد تعديته الافتعال منه للمفعول الصريح كالصبي في عبارة الهداية حيث قال واذا احتقن الصبي بل الى الحقنة وهي آلة الاحتقان والكلام في بنائه للمفعول الذي هو الصبي ومعلوم ان كل قاصر يجوز بناؤه للمفعول بالنسبة الى المجرور والظرف كجلس في الدار ومر بزيد وليس من جواز البناء باعتبار الآلة والظرف جوازه بالنسبة الى المفعول بل اذا كان متعديا اليه بنفسه ثم الاحتقان باللبن لا يوجب الحرمة من غير ذكر خلاف بين مشايخنا في كثير من الاصول وهو قول الائمة الاربعة وكذا لا يثبت بالاقطار في الاحليل والاذن والجائفة والآمة كذا اطلقه بعضهم ونقض آخرون على انه اذا وصل الى الجوف تثبت الحرمة وبعضهم ذكر انه روي عن محمد ثبوت الحرمة بالحقنة ووجه الظاهر ان المناط طريق الجزئية وليس ذلك في الواصل من السافل بل الى المعدة وذلك من الاعلى فقط والاقطار في الاحليل غاية ما يصل الى المثانة فلا يتغذى به الصبي كذا في الاذن العتيق الثقب وفيه نظر لتصريحهم بالفطر باقطار الدهن في الاذن لسريانه فيصل الى باطنه لا لمنفذه ضيق والاوجه كونه ليس مما يتغذى به وينبت وان حصل به نوع من ترطيب ونحوه والمفسد في الصوم لا يتوقف عليه كما في الحصى والحديد والوجور والسعوط تثبت به الحرمة اتفاقا **قوله** واذا نزل للرجل لبن فارضع به صبية لم يتعلق به تحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة وقد ذكر في بعض الحكايات انه اتفق لرجل رضاع صغير فان صح فهو من خوارق العادات لا يبنى الفقه باعتباره وعلى هذا يلزم انه لو نزل للبكر لم تبلغ سن البلوغ لبن لا يتعلق به التحريم ويحكم بانه ليس لبنا كما لو نزل للبكر ماء اصفر لا يثبت من ارضاعه تحريم والوجه الفرق بعدم التصور مطلقا فاذا تحقق لبنا تثبت الحرمة بخلاف الرجل لان الحكم لازم ذاتا بانه ليس لبن

قوله واذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع محرم بينهما لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها اعلم ان ثبوت الحرمة بالرضاع بطريق الكرامة للجزئية فان الوطء ابتذال وامتهان وارتقاق ولهذا روي عنه صلى الله عليه وسلم قال النكاح رق فلينظر احدكم اين يضع كريمته ولا يحسن ممن يستعبد جزء نفسه وجباته لسيدنا اذا كان الرضيع صبيا بالنسبة الى المرضعة تكرمة لها وجعلت في الشرع امه بسبب ان جزءها صار جزءه كما ان الامية من النسب كذلك اذ جزؤه جزؤها وجزء الآخر جزء الاب والبهائم ليست بهذه المرتبة في اعتبار خالقها جل ذكره فانما خلقها للابتذال للآدمي لها على انحاء الابتذال المأذون فيه من مالكها سبحانه قال تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع وفي آية اخرى فمنها ركوبهم ومنها ياكلون وهو سبحانه مالك الاشياء والحكيم على الاطلاق والعليم بالقوابل التي بها يحصل التفصيل الدينوي فلم يثبت سبحانه بواسطة الاغتذاء بلبنها بل ولبنها وحصول الجزئية مرتبة لها على الآدمي توجب مثل ما توجب لمساويه في نوعه من الاكرام والاحترام فلم تعتبر الشاة ام الصبي والا لكان الكبش اباه والامية فرع الامية وكذا سائر الحرم بعدما انما تثبت بتبعية الامية حتى الابوية فانه لا جزء في الرضيع منه بخلاف الاب من النسب لان جزءه انفصل في ولده الذي نزل اللبن بسببه ولم يستقر في المرأة شيء منه بحيث يكون في لبنها جزء منه فكيف واللبن انما يتولد من الغذاء والكائن من ماء الرجل انما يصل من سفل والتغذي لبقاء الحيوة والجزء لا يكون الا مما يصل من الاعلى الى المعدة ولكن لما اثبت الشرع امية زوجة الاجبر القناع

وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لأنه يصير جامعا بين الأم والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما
نسبا ثم إن لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لأن الفرقة وقعت لا من جهتها
والارتضاع وإن كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في إسقاط حقها كما إذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج على الكبيرة إن كانت تعمدت به الفساد
وإن لم تتعمد فلا شيء عليها وإن علمت بأن الصغيرة امرأته وعن محمد أنه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لأنها وإن أكدت ما كان على شرف السقوط
وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الإتلاف لكنها مسببة فيه إما لأن الإرضاع ليس بإفساد للنكاح وضعا وإنما يثبت ذلك باتفاق الحال
أو لأن إفساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر بل هو سبب لسقوطه إلا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه إبطال
النكاح وإذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر وإنما تكون متعدية إذا علمت بالنكاح وقصدت بالإرضاع
الفساد أما إذا لم تعلم بالنكاح أو علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون
الإفساد لا تكون متعدية لأنها مأمورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية أيضا

لبن هو سبب فيه أثبت لحرمة الرجل الأبوة وحيث لا أم ولا أب ولا أخوة ولا تحريم ونقل أن الإمام محمد بن إسمعيل البخاري صاحب الصحيح أفتى في بخارا
بثبوت الحرمة بين صبيين ارتضعا شاة فاجتمع علماؤها عليه وكان سبب خروجه منها والله سبحانه أعلم من لم يدق نظره في مناطات الأحكام وحكمها
كثر خطاؤه وكان ذلك في زمن الشيخ أبي حفص الكبير رحمه الله وهو لدة الشافعي رحمه الله فإنهما ولدا في العام الذي توفي فيه أبو حنيفة رحمه الله وهو عام خمسين ومائة **قوله**
وإذا تزوج الرجل صغيرة رضيعة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لأنه صار جامعا بين الأم والبنت من الرضاعة وذلك حرام
كالجمع بينهما نسبا ثم حرمة الكبيرة حرمة مؤبدة لأنها أم امرأته والعقد على البنت يحرم الأم وأما الصغيرة فإن كان اللبن الذي ارتضعته الكبيرة
نزل لها من ولد ولدته للرجل كان حرمتها أيضا مؤبدة كالكبيرة لأنه صار أبا لها وإن كان نزل لها من رجل قبله ثم تزوجت بهذا الرجل وهي ذات لبن
من الأول جاز له أن يتزوجها ثانيا لانتفاء أبوته لها إلا أن يكون دخل بالكبيرة فيتأبد أيضا لأن الدخول بالأم يحرم البنت وأما حكم المهر فلا يجب للكبيرة إن لم يكن
دخل بها لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وهو الإرضاع وهو مسقط لنصف المهر كردتها وتقبيلها ابن الزوج وتعليل السقوط بإضافة الفرقة إليها
يعرف منه أن الكبيرة لو كانت مكرهة أو نائمة وارتضعتها الصغيرة أو أخذ شخص لبنها فأوجر به الصغيرة أو كانت الكبيرة مجنونة كان لها نصف المهر لانتفاء
إضافة الفرقة إليها وإن كان دخل بها فلها كمال المهر لكن لا نفقة عدة لها لجنايتها إن لم تكن مجنونة ونحوها وأما الصغيرة فلا يتصور الدخول
بالرضيعة فعليه لها نصف مهرها لأن الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وإن كان فعلها وبه وقع الفساد لكن فعلها لا يؤثر في إسقاط
حقها لعدم خطابها بالأحكام وصار كما لو قتلت مورثها فإنها ترثه ولا يكون قتلها موجبا لحرمانها شرعا ولأنها مجبورة بحكم الطبع على الارتضاع والكبيرة
في الإلقام الذي هو مختارة فصار كمن ألقى حية على إنسان فلسعته ضمن لأن اللسع لها طبع فأضيف إليه وأورد عليه ما لو ارتدت أبوا صغيرة منكوحة
ولحقا بها دار الحرب بانت من زوجها ولا شيء لها من المهر ولم يوجد الفعل منها أصلا فضلا عن كونه عدوانا ولم يعتبر أجيب بأن الردة محظورة
في حق الصغيرة أيضا فأمكن إضافة الحرمة إلى ردتها التابعة لردة أبويها بخلاف الارتضاع لا حاظر له فتستحق النظر فلا يسقط المهر بل يرجع به على الكبيرة
إن تعمدت الفساد يرجع به عليها وإلا لا يرجع وتعمدها بأن تعلم قيام النكاح وأن الرضاع مفسد وتتعمده لا لدفع الجوع أو الهلاك
عند خوف ذلك فلو لم تعلم النكاح أو علمته ولم تعلمه مفسدا أو علمته مفسدا ولكن خافت الهلاك أو قصدت دفع الجوع لا ترجع والقول
قول الكبيرة في ذلك مع يمينها لأنه لا يعرف إلا من جهتها وعن محمد رحمه الله أنه يرجع في الوجهين ما إذا قصدت الفساد وما إذا لم تقصده والصحيح ظاهر
الرواية عنه وهو قولهما لأنها أي الكبيرة وإن أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بأن تكبر الصغيرة فتفعل ما يسقطه وذلك
أي تأكيد ما هو على شرف السقوط يجري مجرى الإتلاف كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لذلك لكنها مسببة فيه
لا مباشرة لأن الإلقام الذي هو شرط للفساد لا علة له بل العلة فعل الصغيرة الارتضاع فكانت الكبيرة مباشرة للشرط الفعلي وهذا ظاهر غير أن
المصنف بين كونها مسببة بأن فعل الارتضاع ليس موضوعا لإفساد النكاح بل لتغذية الصغيرة وتربيتها وإنما ثبت الفساد باتفاق صيرورتها
أما وبنتا تحت رجل أو لأن إفساد النكاح الكائن بفعلها ليس بسبب لإلزام المهر شرعا بل لإسقاطه ثم يجب نصف المهر بطريق المتعة على ما عرف من
أن وجوبه لا بقياس بل بالنص ابتداء جبرا للإيحاش وهو معنى الوجوب بطريق المتعة لكن من شرطه بطلان النكاح وقد وجد فيما نحن فيه ولا يخفى أن هذا التقرير
بعينه يجري في ساحة العلة بأن يقال الارتضاع ليس بإفساد النكاح وضعا والإفساد ليس بسبب لإلزام المهر شرعا بل لإسقاطه إلخ وليس هو مسببا فالمعول عليه

وهذا منا اعتبار للجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما تثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك رح تثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين بخلاف اللحم لان حرمة التناول ينفك عن زوال الملك فاعتبر امرا دينيا والله اعلم

في كونه سببا ما مناه واذا كانت سببية يشترط فيه اي في لزوم الضمان التعدي كحفر البئر تسبب للهلاك فان كان في ملكه لا يضمن ما تلف فيه او في غيره ضمنه للتعدي فيه وانما تكون متعدية بمجموع العاملين والقصد على ما تقدم واعلم ان توجيه ظاهر الرواية بهذا لا ينهض على محمد رح اذا كان من اصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان لان حاصل هذا انه سبب فيشترط التعدي وهو لا يلتزم اشتراط التعدي فيه فانما ينهض الاستدلال على ان المسبب لا يلحق بالمباشر هذا واستشكل التغريم بقصد الفساد بما اذا قبل رجل زوجة آخر قبل الدخول فانه يقضي على الزوج بالمهر ولا يرجع به على القاتل والجواب ان قتله مستعقب لوجوب القصاص والدية فلا يجب شيء آخر بقتل واحد وللزوج نصيب مما هو الواجب فلا يضاعف عليه وبما اذا ارضعت اجنبيتان لعما لبن من رجل واحد صغيرتين تحت رجل حرمتا على زوجهما ولم تغرم ما شيا وان تعمدتا الفساد واجيب بالفرق بان فعل الكبيرة هنا مستقل بالافساد فيضاف الافساد اليها وفعل كل من الكبيرتين هناك غير مستقل به فلا يضاف الى واحدة منهما وان الفساد باعتبار الجمع بين الاختين منهما بخلاف الحرمة هنا لانه للجمع بين الام والبنت وهو يقوم بالكبيرة وقد حرفت هذه المسئلة فوقع فيها الخطاء وذلك بان قيل فارضعهما امرأتان لهما منه لبن مكان قولنا لعما لبن من رجل لان في هذه الصورة الصواب الضمان على كل من هاتين المرأتين لان كلا افسدت بصيرورة كل بنتا للزوج **قوله** وهذا منا اعتبار للجهل الخ جواب سوال هو ان الجهل بالاحكام في دار الاسلام عندكم ليس عذرا فقال هذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد الذي هو المحظور الديني لا لدفع الحكم الذي هو وجوب الضمان غير انه اذا اندفع قصد الفساد انتفى الضمان لانه لا يثبت الا بثبوت التعدي كما قلنا والتعدي به يكون ولا يتصور قصده مع الجهل بما ذكرنا فعدم الحكم لعدم العلة لا للجهل مع وجود العلة وبهذا يندفع قول من قال تضمن اذا علمت بالنكاح ولم تعلم ان الارضاع مفسد لانها لا تعذر بجهل الحكم ومن فروع هذه المسئلة لو كان تحته صغيرتان فارضعتهما اجنبية معا او على التعاقب حرمتا فلو كن ثلثا فارضعتهن بان القمت ثنتين ثدييها واوجرت الاخرى من لبنها حرمن او على التعاقب بانت الاوليان والثالثة امرأته لانها حين ارتضعت الثالثة لم يكن في عصمته سواها ولو كن اربعا فارضعتهن معا او واحدة ثم الثلث معا حرمن وكذا لو ارضعتهن على التعاقب لانها حين ارضعت الآخرتين لم يكن في نكاحه غيرهما ولو كان تحته صغيرتان وكبيرة فارضعتهما الكبيرة على التعاقب بقي نكاح الثانية لانها حين ارضعتها ليس في نكاحه غيرها والسابق عقد مجرد على الام فلا يوجب حرمة البنت ولو كن كبيرتين وصغيرتين فارضعت كل من الكبيرتين صغيرة حرمت عليه الاربع للزوم الجمع بين الام وبنتها ولو ارضعت احدى الكبيرتين الصغيرتين ثم ارضعتهما الكبيرة الاخرى وذلك قبل الدخول بالكبيرتين فالكبرى الاولى مع الصغرى الاولى بانتا لما قلنا والصغرى الثانية لم تبن بارضاع الكبرى الاولى والكبيرة الثانية ان ابتدات بارضاع الصغرى الثانية بانتا منه والصغرى الاولى فالصغرى الثانية امرأته لانها حين ارضعت الاولى صارت اما لها وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغرى الاولى فيما تقدم والعقد على البنت تحرم الام ثم ارضعت الثانية ليس في نكاحه غيرها **قوله** ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات اي عن الرجال وانما تثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك رح تثبت بشهادة امرأة واحدة ان كانت موصوفة بالعدالة ونقل عن احمد واسحق والشافعي رح باربع نسوة والذي في كتبهم انما تثبت بشهادة امرأتين وكذا عند مالك بناء على انه مما لا يطلع عليه الرجال لانه لا يحل النظر الى ثدي الاجنبية والوجه المذكور في الكتاب للاكتفاء بالواحدة وهو ان الحرمة من حقوق الشرع فهي مما يثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة مجوسي فانه تثبت الحرمة عليه باخباره ثم يثبت زوال الملك في ضمنه وكم من شيء يثبت ضمنا بطريق لا يثبت مثله قصدا

كتاب الطلاق باب طلاق السنة

ولحديث عقبة بن الحارث في الصحيحين انه تزوج ام يحيى بنت ابي اهاب فجاءت امة سوداء فقالت قد ارضعتكما قال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال فاعرض عني فتنحيت فذكرت ذلك له قال وكيف وقد زعمت ان قد ارضعتكما وعقبة هذا يكنى ابا سروعة بكسر السين المهملة وسكون الراء وفتح الواو والعين المهملة وبهذا الحديث استدل من قال تقبل الواحدة المرضعة واعتبار ظاهره مطلقا يوجب جواز قبول الامة وروى مطولا في الترمذي فجاءت امرأة سوداء وفيه قول عقبة فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت تزوجت فلانة بنت فلان فجاءت امرأة سوداء فقالت اني ارضعتكما وهي كاذبة فاعرض عني قال فاتيته فقلت انها كاذبة قال وكيف بها وقد زعمت انها قد ارضعتكما دعها عنك ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال النكاح لانها مؤبدة بخلاف الحرمة بالحيض ونحوه وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين بخلاف حرمة اللحم حيث ينفك عن زوال الملك كالخمر مملوكة محرمة وجلد الميتة قبل الدباغ يحرم الانتفاع به وهو مملوك واذا كانت الحرمة لا تستلزم زوال الملك فالشهادة قائمة على مجرد الحرمة حقا لله تعالى فيقبل فيها خبر الواحد واما الحديث فانه للتورع الا يرى انه اعرض عنه في المرة الاولى وقيل في الثانية ايضا وانما قال له ذلك في الثالثة ولو كان حكم ذلك الاخبار وجوب التفريق لما جاء به من اول الامر فان الاعراض قد يترتب عليه ترك السائل المسألة بعد ذلك ففيه تقريرا على المحرم فعلم انه قال له ذلك لظهور الطمأنينة في نفسه بخبرها لا من باب الحكم وكونها كانت حمقاء على ما قيل لا ينفي الطمأنينة لنفس بخبرها بل قد يكون معه ان بعض البلاهة يقارنها عن الغالب عدم الحنث الذي عنه قصد الكذب والكلام في هذا القدر لا في المبنون وقد قلنا انه اذا وقع في القلب صدقها يستحب التنزه ولو بعد النكاح وكذا اذا شهد به رجل واحد وقولهم لا يطلع عليه الرجال قلنا السلم فان المحارم من الرجال يطلعون عليه وايضا الرضاعة لا تتوقف على الثدي الذي يجوز حصولها بالوجور والسعوط وروى عن عمر مثل قولنا وفي الهداية لو شهدت امرأة واحدة قبل العقد قيل يعتبر في رواية ولا يعتبر في رواية **فرع** قال لامرأته هذه امي من الرضاعة او اختي او بنتي من الرضاع ثم رجع عنه فان قال اخطأت ونسيت ان كان بعد ان ثبت على الاول ان قال بعده هو حق او كما قلت فرق بينهما ولا ينفعه جحوده بعد ذلك ان قال تعذر ان منه الثبات عليه لم يفرق بينهما خلافا للشافعي رحمه والنكاح باق لان مثله لا يوجب الفرقة بشرط الثبات وتفسير الثبات ما ذكرنا ومثله في الاقرار بالنسب وذلك لان ثبوت النسب والرضاع مما يخفى عن الانسان فالتناقض فيه مطلقا لا يمتنع بخلاف ما اذا ثبت بعد التروي فيعذر قبله ولا يعذر بعده وهذا في النسب فيمن ليس له نسب معروف ولو اقرت المرأة بذلك وانكر هو ثم قالت اخطأت فالنكاح باق بالاجماع وعند الشافعي رحمه يحلف الزوج على العلم في قوله على الثبات في قولها لو تزوجها قبل ان تكذب نفسها جاز ولا تصدق المرأة على قولها بخلاف ما لو اقر الرجل قبل التزوج وثبت على ذلك لا يحل له تزوجها قال في الفتاوى الصغرى هذا دليل على ان المرأة اذا اقرت بالطلقات الثلاث من رجل حل لها ان تزوج نفسها منه ويكان وجهه ان الطلاق مما يستقل به الزوج في غيبتها وحضورها فيتحقق فيه الخفاء فصح رجوعها عن الاقرار به قبل التروي والله اعلم

كتاب الطلاق

لما فرغ من النكاح وبيان احكامه اللازمة عند وجوده والمتأخرة عنه وهي احكام الرضاع شرع بذكر ما به يرتفع لانه فرع تقدم وجوده واستعقاب احكامه وايضا بينه وبين الرضاع مناسبة من جهة ان كلا منهما يوجب الحرمة الا ان ما بالرضاع حرمة مؤبدة وما بالطلاق مغياة بغاية معلومة فقدم بيان الحكم الاشد اهتماما بشأنه ثم ثنى بالاخف وايضا الترتيب الوجودي يناسبه الترتيب الوضعي فالنكاح سابق في الوجود باحكامه وتلاه الطلاق فاوجده في التعليم كذلك والطلاق اسم بمعنى المصدر الذي هو التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح

قال الطلاق على ثلثة اوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها
فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة

قوله تعالى الطلاق مرتان اي التطليق او هو مصدر طلقت بضم اللام او فتحها طلاقا كالفساد وعن الاخفش نفي الضم وفي ديوان الادب انه لغة والطلاق
لغة رفع الوثاق مطلقا واستعمل فعله بالنسبة الى غير نكاح المرأة من الافعال اطلقت بعيري واسيري وفيه من التفعيل طلقت امرأتي وقيل ذلك اخبارا عن اول
طلقة اوقعها فان قاله ثانية فليس فيه الا التاكيد اما اذا قاله في الثالثة فللتكثير كغلقت الابواب وفي الشرع رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل
على مادة ط ل ق صريحا كانت طالق او كناية كمطلقة بالتخفيف وهجاء طالق بلا تركيب كانت ط ا ل ق على ما سياتي وغيرهما كقول القاضي فرقت
بينهما عند اباء الزوج الاسلام والعنة واللعان وسائر الكنايات المفيدة للرجعة والبينونة ولفظ الخلع فخرج تفريق القاضي في ابائها وردة
احد الزوجين على قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وتباين الدارين حقيقة وحكما وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ونقصان المهر فانها ليست طلاقا
فقول بعضهم رفع قيد النكاح من اهله في محله غير مطرد لصدقه على الفسوخ ويشتمل على ما لا حاجة اليه فان كونه من الاهل في المحل من شرط وجوده لا دخل له
في حقيقته والتعريف للحقيقة وركنه نفس اللفظ واما سببه فالحاجة الى الخلاص عند تباين الاخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم اقامة حدود الله تعالى
وشرعه رحمة منه سبحانه وشرطه في الزوج ان يكون عاقلا بالغا مستيقظا وفي الزوجة ان تكون منكوحة او في عدة التي تصلح معها محلا للطلاق وضبطها
في المحيط فقال المعتدة بعدة الطلاق يلحقها الطلاق والمعتدة بعدة الوطء لا يلحقها الطلاق وقد يقال انه غير حاصر اذ تتحقق العدة ولا يلحقها
كما في عرض فسخ بخيار بعد مجرد الخلوة اللهم الا ان تلحق الخلوة بالوطء كما هنا هو وفيه تساهل ثم يقتضي ان كل عدة عن فسخ بعروض حرمة مؤبدة او غير مؤبدة
لا يقع فيها طلاق ولا شك فيه في الحرمة المؤبدة كما اذا عرضت الحرمة بتقبيل ابن الزوج لانه لا فائدة وصح في اعتباره لانه لا يتوقف لغاية ليفيد الطلاق
فائدة واما في الفسخ بغيرها فالمصرح به في العدة من خيار العتق والبلوغ انه لا يلحقها طلاق لانه فسخ فيجعل كانه لم يكن وكذا لعدم الكفاءة ونقصان
المهر وعلى هذا اذا سبي احد الزوجين فوقعت الفرقة لا يقع طلاق الزوج لعدم العدة لان المسبي ان كان الزوج فلا عدة على زوجته الحربية وان
كانت المرأة فكذلك لحلها للسابي بالاستبراء ومثله لو وقعت الفرقة بمهاجرة احدهما مسلما او ذميا لا يقع طلاق لانه ان كان الرجل فلا عدة على الحربية
وان كانت المرأة فكذا عند ابي حنيفة رح وعندهما وان كان عليها العدة فهي عدة لا توجب ملك يد اذ لا يد للحربي واقل ما يقع فيه ملك الطلاق ملك اليد بركا
كالعدة عن الفرقة في نكاح فاسد وكذا لو خرج الزوجان مستأمنين فاسلم احدهما او صار ذميا فهي امرأته حتى تحيض ثلث حيض فاذا حاضتها فهي امرأته
وقعت الفرقة بلا طلاق فلا يقع عليها طلاقه لانه المصر منها كانه في دار الحرب لتمكنه من الرجوع الا انه منقوض بما اذا اسلم احد الذميين وفرق بينهما
باباء الآخر فانه يقع عليها طلاقه لو كانت هي الآبية مع ان الفرقة هناك فسخ وبه ينتقض قيل اذا اسلم احد الزوجين لم يقع عليها طلاقه وينتقض ايضا بالمرتد يقع طلاقه
عليها مع ان الفرقة بردته فسخ فلا فالا ابي يوسف رح ولو كانت هي المرتدة فهي فسخ اتفاقا ويقع طلاقه عليها في العدة لا يقع واختلف في محلهما للطلاق لو ما جرت بالفسخ النكاح فما جاء
بعده وهي في العدة على قولهما لم يقع طلاقه قال في المبسوط وقيل هذا قول ابي يوسف رح والاول هو قول محمد رح فاما على قول ابي يوسف رح الاخير يقع طلاقه وهو نظير ما اذا اشترى الرجل
امرأته بعد ما دخل بها ثم اعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه في قول ابي يوسف رح الاول وهو قول محمد وفي قول ابي يوسف رح الآخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها بعد ما اعتقته
فطلقها الخلاف في ما بين المسلمين على عكس ما حكاه في المنظومة في المسألة الآتية على الخلاف ولو ارتد ولحق بدار الحرب لا يقع طلاقه اتفاقا فلو عاد وهي بعد في العدة فطلقها وهي على الخلاف
وما ذكر من انه لا عدة على الحربية في دار الحرب عندهما يخالف ما ذكره محمد في السير فيما اذا اسلمت امرأة الحربي وهي في دار الحرب ثم هاجرت وقوع الفرقة بينهما الى مضي ثلث حيض او ثلثة
اشهر فاذا مضت وقعت الفرقة قال محمد رح وعليها ثلث حيض اخرى وهي فرقة بطلاق ولهذا يقع عليها طلاقه لان تلك الفرقة ليست للتباين بل للاباء الا ان المرأة اقيمت

وانّ هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل الثلاث عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمراة ولا خلاف لاحد في الكراهة

مقام آية بعد العرض فلا يقع عليها طلاقه واما وصفه فهو ابغض المباحات الى الله تعالى على ما رواه ابو داود وابن ماجة عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ان
ابغض المباحات عند الله الطلاق فنص على اباحته وكونه مبغوضا وهو لا يستلزم ترتب لازم المكروه الشرعي الا لو كان مكروها بالمعنى الاصطلاحي ولا يلزم
ذلك من وصفه بالبغض الا لو لم يصفه بالاباحة لكنه وصفه بها لان افعل التفضيل بعض ما اضيف اليه وغاية ما فيه انه مبغوض اليه سبحانه ولم يترتب عليه
ما رتب على المكروه ودليل نفي الكراهة قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وطلاقه صلى الله عليه وسلم حفصة ثم امره سبحانه ان يراجعها
فانها صوامة قوامة وبه يبطل قول القائلين لا يباح الا لكبر كطلاق سودة او ريبة فان طلاقه حفصة لم يقترن بواحد منهما واما ما روي لعن الله كل ذواق
مطلاق فمحمله الطلاق لغير حاجة بدليل ما روي من قوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة اختلعت من زوجها بغير نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس اجمعين
ولا يخفى ان كلامهم فيما سياتي من التعاليل يصرح بانه محظور لما فيه من كفران نعمة النكاح وللحديثين المذكورين وغيرهما وانما ابيح للحاجة والحاجة ما ذكرنا
في بيان سببه فبين الحكمين منهم تدافع والاصح حظره الا لحاجة للادلة المذكورة ويحمل لفظ المباح على ما ابيح في بعض الاوقات اعني اوقات تحقق الحاجة المبيحة
وهو ظاهر في رواية لابي داود ما احل الله شيئا ابغض اليه من الطلاق وان الفعل لا عموم له في الزمان غير ان الحاجة لا تقتصر على الكبر والريبة فمن الحاجة
المبيحة ان يلقى اليه عدم اشتهائها بحيث يعجز او يتضرر باكراهه نفسه على جماعها فهذا اذا وقع فان كان قادرا على طول غيرها مع استبقائها ورضيت باقامتها
في عصمته بلا وطء او بلا قسم فيكره طلاقه كما كان بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وسودة وان لم يكن قادرا على طولها او لم ترض هي بترك حقها فهو مباح لان
مقلب القلوب رب العالمين واما ما روي عن الحسن انه كان قيل له في كثرة تزوجه وطلاقه فقال احب الغنى قال الله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته فهو
راي منه ان كان على ظاهره وكل ما نقل عن طلاق الصحابة رضي الله عنهم كطلاق عمر رضي الله عنه ام عاصم وعبد الرحمن بن عوف تماضر والمغيرة بن شعبة الزوجات الاربع دفعة
واحدة فقال لهن انتن حسنات الاخلاق ناعمات الاطواق طويلات الاعناق اذهبن فانتن طلاق فحكمه وجود الحاجة مما ذكرنا واما اذا لم تكن حاجة فمحض كفران نعمة
وسوء ادب فيكره والله سبحانه اعلم واما حكمه فوقوع الفرقة مؤجلا بانقضاء العدة في الرجعي وبدونه في البائن واما محاسنه فمنها ثبوت التخلص به من المكاره
الدينية والدنيوية وجعله بيد الرجال دون النساء لاختصاصهن بنقصان العقل وغلبة الهوى وعن ذلك ساء اختيارهن وسرع اغترارهن
ونقصان الدين وعنه كان اكثر شغلهن بالدنيا وترتيب المكائد وافشاء سر الازواج وغير ذلك ومنها شرعه ثلاثا لان النفس كذوبة ربما تظهر عدم الحاجة
اليها او الحاجة الى تركها وتسوله فاذا وقع حصل الندم وضاق الصدر به وعيل الصبر فشرعه سبحانه وتعالى ثلاثا ليجرب نفسه في المرة الاولى فان كان الواقع
صدقها استمر حتى تنقضي العدة والا امكنه التدارك بالرجعة ثم اذا عادت النفس الى مثل الاول وغلبته حتى عاد الى طلاقها نظر ايضا فيما يحدث له فما يوقع الثالثة
الا وقد جرب وفقه في حال نفسه وبعد الثلاثة لا تبقى له الا اعذار واما اقسامه فما افاده المصنف بقوله الطلاق على ثلاثة اوجه حسن واحسن وبدعي علم ان الطلاق
منه بدعي وسني من حيث العدد ومن حيث الوقت والبدعي كذلك والسني حسن واحسن فالاحسن ان يطلق الرجل امراته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها
فيه ولا في الحيض الذي قبله لم يطلقها فيه وهذا على ظاهر المذهب على ما سياتي ويتركها حتى تنقضي عدتها لما اسند ابن ابي شيبة عن ابراهيم النخعي ان الصحابة
كانوا يستحبون ان يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض وقال محمد وبلغنا عن ابراهيم النخعي ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون
ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل امراته ثلاثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد عن الندامة حيث ابقى
لنفسه التدارك حيث يمكنه التزوج بها في العدة او بعدها دون تحلل زوج آخر واقل ضررا بالمراة حيث لم تبطل محليتها بالنسبة اليه فان سعة حلها نعمة عليها فلا يكون

والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلثة اطهار وقال مالك رحمه الله انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان من السنة ان يستقبل الطهر استقبالا فيطلقها لكل قرء تطليقة

الا تخاوش فلا خلاف لاحد في الكراهة اشارة الى انه لا بد الاجماع على انتفائها بخلاف الحسن فان فيه خلاف مالك لما ذكرنا من قلة ضرر هذا واستحبابه عند الصحابة رضي الله عنهم حين ما علم ان المعنى بالمسنون هو كالمندوب في استعقاب الثواب والمراد به هنا المباح لان الطلاق ليس عبادة في نفسه ليثبت انه ثواب فمعنى المسنون منه ما ثبت على وجه لا يستوجب عتابا نعم لو وقعت له داعية ان يطلقها عقيب جماعها او حائضا او ثلاثا فمنع نفسه منه الى الطهر الآخر والواحدة تقول انه يثاب لكن لا على الطلاق في الطهر الخالي بل على كف نفسه عن ذلك الايقاع على ذلك الوجه امتثالا عن المعصية وذلك الكف غير فعل الايقاع وليس المسنون يلزم تلك الحالة لانه لو اوقع واحدة في الطهر الخالي من غير ان يخطر له داعية ذلك الايقاع سمّيناه طلاقا مسنونا مع انتفاء سبب الثواب وهو كف النفس عن المعصية بعد تهيئ اسبابها وقيام داعيتها وهذا كمن استمر على عدم الزنا من غير ان يخطر له داعية وتهيؤه له مع الكف عنه لا يثاب عليه ولو وقعت له داعية وطلب العمل وتهيؤه وكف تجافيا عن المعصية اثيب **قوله** والحسن طلاق السنة وانت حققت ان كلا منهما طلاق السنة فتخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له الا التمييز بالمنقول من طلاق السنة قال وهو ان يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة اطهار سواء كانت الزوجة مسلمة او غير مسلمة لانه المخاطب بايقاعه كذلك ويجب على الغائب اذا اراد ان يطلق ان يكتب اذا جاءك كتابي وانت طاهرة فانت طالق فان كنت حائضا فاذا طهرت فانت طالق فقال مالك هذا بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى الدارقطني من حديث معلى بن منصور ثنا شعيب بن زريق ان عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن قال ثنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه طلق امرأته وهي حائض ثم اراد ان يتبعها بطلقتين اخريين عند القرئين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا ابن عمر ما هكذا امرك الله قد اخطأت السنة السنة ان تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء فامرني فراجعتها فقال اذا هي طهرت فطلق عند ذلك او امسك فقلت يا رسول الله ارأيت لو طلقتها ثلاثا كان يحل لي ان اراجعها فقال لا كانت تبين منك وكانت معصية اعله البيهقي بالخراساني قال اتى في هذه زيادات لم يتابع عليها وهو ضعيف لا يقبل ما تفرد به ورواه الطبراني ثنا علي بن سعيد الرازي ثنا يحيى بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار الحمصي ثنا ابي ثنا شعيب بن زريق مسندا ومتنا وقد صرح الحسن بسماعه من ابن عمر وكذلك قال ابو حاتم وقيل لابي زرعة الحسن لقي ابن عمر قال نعم واما اعلال عبد الحق له بمعلى بن منصور فليس بذلك ولم يعله البيهقي الا بالخراساني وقد ظهرت متابعته ولان الحكم يدار على دليل الحاجة لخفائها لانها باطنة ودليلها الاقدام على طلاقها في زمن تجدد الرغبة وقد تكون الحاجة ماسة الى تركها البتة لرسوخ الاخلاق المتباينة وموجبات النافرة فلا تفيد رجعتها فيحتاج الى فطام النفس عنها على وجه لا يعقب الندم والنفس تلح بحسن الظاهر وطريق علاج هذه الحاجة ان يفعلها على الوجه المذكور ان يطلق واحدة ليجرب نفسه على الصبر ويعالجها عليه فان لم يقدر تدارك بالرجعة وان قدر اوقع اخرى في الطهر الآخر كذلك فان قدر اتبعها بالثالثة بعد تمرين النفس على الفطام ثم اذا اوقع الثلاثة في ثلاثة اطهار فقد مضى من عدتها حيضتان ان كانت حرة فاذا حاضت حيضة انقضت وان كانت امة فبالطهر من الحيضة الثانية بانت ووقع عليها ثنتان **قوله** ثم قيل الاولى ان يؤخر الطلاق الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة عليها وقال المصنف والاظهر اي لا ظهر من قول محمد حيث قال اذا اراد ان يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت ورجحه بانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده تطليقها فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع ولا يخفى ان الاول اقل ضررا فكان اولى وهو رواية عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمه الله **قوله** وطلاق البدعة ما خالف قسمي السنة وذلك بان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة او مفرقة في طهر واحد او ثنتين كذلك او واحدة في الحيض او في طهر قد جامعها فيه او جامعها في الحيض الذي يليه هو فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وفي كل من وقوعه وعدده وكونه معصية خلاف فعند الامامية لا يقع

وهي تتكرر بدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها
ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والاظهر ان يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق
فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا

بلفظ الثلث ولا في حالة الحيض لانه بدعة محرمة قال صلى الله عليه وسلم من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد وقول امره صلى الله عليه وسلم ابن عمر ان يراجعها
حين طلقها وهي حائض دليل على بطلان قولهم في الحيض واما البطلان في الثلث فسنتكلم فيما يأتي من دفع كلام الامامية قال وقوم يقع به واحدة وهو مروي عن ابن
عباس رضه وبه قال ابن اسحق ونقل عن طاوس وعكرمة يقولون خالف السنة فيرد الى السنة وفي الصحيحين ان ابا الصهباء قال لابن عباس
أتعلم ان الثلث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدرا من امارة عمر قال نعم وفي رواية لمسلم ان ابن عباس قال كان
الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلث واحدة فقال عمر ان الناس قد استعجلوا في امر كانت لهم فيه اناة فلو
امضيناه عليهم فامضاه عليهم وروى ابو داود عن ابن عباس رضه قال اذا قال انت طالق ثلثا بفم واحد فهي واحدة وروى ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس
قال طلق ركانة بن عبد يزيد زوجته ثلثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها ثلثا في مجلس واحد قال
انما تلك طلقة واحدة فارتجعها ومنهم من قال في المدخول بها يقع ثلث وفي غيرها واحدة لما في مسلم وابي داود والنسائي ان ابا الصهباء كان كثير السؤال
لابن عباس رضه قال اما علمت ان الرجل اذا طلق امرأته ثلثا قبل ان يدخل بها جعلوها واحدة الحديث قال ابن عباس رضه بلى كان الرجل اذا طلق امرأته
ثلثا قبل ان يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدرا من خلافة عمر رضه فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال اجيزوهن
عليهم هذا لفظ ابي داود وذهب جمهور الصحابة رضه والتابعين ومن بعدهم من ائمة المسلمين الى انه يقع ثلث ومن الادلة في ذلك ما في مصنف ابن ابي شيبة
والدارقطني في حديث ابن عمر المتقدم قلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلثا قال اذا قد عصيت ربك وبانت منك امرأتك وفي سنن ابي داود عن
مجاهد قال كنت عند ابن عباس رضه فجاءه رجل فقال انه طلق امرأته ثلثا قال فسكت حتى ظننت انه رادها اليه ثم قال ينطلق احدكم فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن
عباس يا ابن عباس فان الله عز وجل قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا عصيت ربك وبانت منك امرأتك وفي الموطأ مالك بلغه ان رجلا قال لعبد الله بن عباس رضه اني
طلقت امرأتي مائة تطليقة فماذا ترى فقال ابن عباس رضه طلقت منك بثلث وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا وفي الموطأ ايضا بلغه ان رجلا جاء الى
ابن مسعود رضه فقال اني طلقت امرأتي ثماني تطليقات فقال ما قيل لك فقال قيل لي بانت منك قال صدقوا هو مثل ما يقولون وظاهره الاجماع على
هذا الجواب وفي سنن ابي داود وموطأ مالك عن محمد بن اياس بن البكير قال طلق رجل امرأته ثلثا قبل ان يدخل بها ثم بدا له ان ينكحها فجاء يستفتي فذهبت
معه فسأل عبد الله بن عباس رضه وابا هريرة رضه عن ذلك فقالا لا نرى ان تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك قال فانما طلاقي اياها واحدة فقال ابن عباس رضه انك ارسلت
من يدك ما كان لك من فضل وهذا يعارض ما تقدم من ان غير المدخول بها انما تطلق بالثلث واحدة وجميعها يعارض ما عن ابن عباس رضه وفي
مالك مثله عن ابن عمر رضه واما امضاء عمر الثلث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة الصحابة رضه له مع علمه بانها كانت واحدة الا وقد اطلعوا في الزمان المتأخر على
ناسخ هذا ان كان على ظاهره او لعلمهم بانتهاء الحكم لذلك لعلمهم باناطته بمعان علموا انتفاءها في الزمن المتأخر فانا نرى الصحابة تتابعوا على هذا ولا يمكن وجود
ذلك منهم مع اشتهار كون حكم الشرع المتقرر كذلك ابدا فمن ذلك ما اسندناه عن عمر رضه وابن مسعود وابن عباس رضه وابي هريرة وروي ايضا عن عبد الله
بن عمرو رضه بن العاص وفي مسند عبد الرزاق عن علقمة قال جاء رجل الى ابن مسعود فقال اني طلقت امرأتي تسعا وتسعين فقال له ابن مسعود ثلث تبينها وسائرهن
عدوان وروى وكيع عن الاعمش عن حبيب بن ابي ثابت رضه قال جاء رجل الى علي بن ابي طالب فقال اني طلقت امرأتي الفا فقال له علي بانت منك بثلث واقسم
سائرهن على نسائك وروى وكيع ايضا عن معاوية بن ابي يحيى قال جاء رجل الى عثمان بن عفان رضه فقال طلقت امرأتي الفا فقال بانت منك بثلث واسند عبد الرزاق

وقال الشافعي رحمه الله كل طلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنياوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلث وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها

عبادة بن الصامت ان اباه طلق امرأة له الف تطليقة فانطلق عبادة فسأله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بانت بثلاث في معصية الله تعالى وبقي تسعمائة وسبعة وتسعون عدوانا وظلما ان شاء عذبه وان شاء غفر له وقول بعض الحنابلة القائلين بهذا المذهب توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مائة الف عين رأته فهل صح لكم عن هؤلاء او عن عشر عشر عشرهم القول بلزوم الثلث بفم واحد بل لو جهدتم لم تطيقوا نقله عن عشرين نفسا باطل اما اولا فاجماعهم ظاهر فانه لم ينقل عن احد منهم انه خالف عمر حين امضى الثلث وليس يلزم في نقل الحكم الاجماعي عن مائة الف ان يسمى كل ليلزم في مجلد كبير حكم واحد على انه اجماع سكوتي واما ثانيا فان العبرة في نقل الاجماع نقل ما عن المجتهدين لا العوام والمائة الالف الذين توفي عنهم صلى الله عليه وسلم لا تبلغ عدة المجتهدين الفقهاء منهم اكثر من عشرين كالخلفاء والعبادلة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وانس وابي هريرة رضي الله عنهم وقليل والباقون يرجعون اليهم ويستفتون منهم وقد اثبتنا النقل عن اكثرهم صريحا بايقاع الثلث ولم يظهر لهم مخالف فماذا بعد الحق الا الضلال وعن هذا قلنا لو حكم حاكم بان الثلث بفم واحد واحدة لم ينفذ حكمه لانه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف والرواية عن انس بانها ثلث اسندها الطحاوي وغيره وغاية الامر فيه ان يصير كبيع امهات الاولاد اجمع على نفيه وكن في الزمن الاول يبعن وبعد ثبوت اجماع الصحابة رضي الله عنهم لا حاجة الى الاشتغال بالجواب عن قياسهم على الوكيل بالطلاق واحدة اذا طلق ثلثا مع ظهور الفرق بان مخالفته اخرجت تصرفه عن الاذن مخرجا عن الابطال لمخالفة الاذن والمكلفون وان كانوا ايضا انما يتصرفون باذن الشرع لكن اذا اجمعوا على خلاف بعض الظواهر والاجماع حجة قطعية كان متقيدا بامر الشرع على ذلك الظاهر قلنا ان لا نشتغل بتاويل قد يجمع بما ذكرنا من الاطلاع على ناسخ او العلم بانتهاء الحكم لانتهاء علته هذا او ان حمل الحديث على خلاف ظاهره دفعا لمعارضته اجماع الصحابة رضي الله عنهم علي او جدنا كان من النقل عنهم واحدا واحدا وعدم المخالف لعمر في امضائه فظاهر حديث ابن مسعود فتاويله ان قول الرجل انت طالق انت طالق انت طالق كان واحدة في الزمن الاول لقصدهم التاكيد في ذلك الزمان ثم صاروا يقصدون التجديد فالزمهم عمر ذلك لعلمه بقصدهم وما قيل في تاويله ان الثلث التي يوقعونها الآن انما كانت في الزمان الاول واحدة تنبيه على تغير الزمان ومخالفة السنة فيشكل اذ لا يتجه حينئذ قوله فامضاه عمر واما حديث ركانة فمنكر والاصح ما رواه ابو داود والترمذي وابن ماجه ان ركانة طلق زوجته البتة فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ما اراد الا واحدة فردها اليه فطلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن عثمن قال ابو داود وهذا اصح واما المقام الثالث وهو كون الثلثة بكلمة واحدة معصية او لا فحكي فيه خلاف الشافعي رحمه الله استدل بالاطلاقات من نحو قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وما روي ان عويمر العجلاني لما لاعن امرأته قال كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فهي طالق ثلثا فلم ينكر عليه صلى الله عليه وسلم وفي بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس طلقني زوجي ثلثا فلم يجعل لي النبي صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى وطلق عبد الرحمن بن عوف تماضر ثلثا في مرضه وطلق الحسن بن علي رضي الله عنهما امرأته شهبانة ثلثا لما هنته بالخلافة بعد موت علي رضي الله عنه ولان الطلاق مشروع والمشروعية لا تجامع الحظر الا ترى انه لو طلق نساءه الاربع دفعة جاز فكذا الواحدة ثلثا بالطريق الاولى بخلاف الطلاق في حالة الحيض لانه يحرم للضرر بتطويل العدة عليها لا الطلاق وكذلك في الطهر الذي جامعها فيه يحرم لتلبيس وجه العدة ابالاقراء او الوضع لاحتمال الحبل ولنا قوله تعالى الطلاق مرتان الى ان قال فان طلقها فانه يلزم ان لا طلاق شرعا الا كذلك لانه ليس وراء الجنس شيء وهذا من طرق الحصر فلا طلاق مشروع ثلثا بمرة واحدة وكان قياسه ان لا يقع شيء كما قالت الامامية لكن لما علمنا ان عدم مشروعيته كذلك لمعنى في غيره وهو تفويت معنى شرعيته سبحانه له كذلك وهو امكان التدارك عند الندم وقد يعود ضرره على نفسه وقد لا وهذا معنى قوته والمشروعية في ذاته لا تنافي الحظر الى آخره على ما بين قلنا ايضا ما قدمناه

والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي رواية الزيادات انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض خلافا لزفر هو يقيسها على المدخول بها

من قول ابن عباس لعمر للذي طلق ثلثا وجاء يسأل عصيت ربك وما قدمناه من مسند عبد الرزاق في حديث عبادة بن الصامت حيث قال صلى الله عليه وسلم بانت بثلث في معصية الله وكذا ما اخرجه الطحاوي عن ابن مرزوق عن ابي حذيفة عن سفيان عن الاعمش عن مالك بن الحارث قال جاء رجل الى ابن عباس فقال ان عمي طلق امرأته ثلثا فقال ان عمك عصى الله فاثم واطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجا وما روى النسائي عن محمود بن لبيد قال اخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلثا جميعا فقام غضبان فقال أيلعب بكتاب الله عز وجل وانا بين اظهركم حتى قام رجل فقال يا رسول الله الا اقتله واما في بعض الشروح من نسبة الطلاق المذكور الى محمود بن لبيد فغير معروف فرح فيجب حمل ما روي عن بعض الصحابة من الطلاق انهم قالوا ثلثا للسنة وايضا لنا ما ذكر المصنف من الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدنياوية والادلة السمعية التي ذكرناها وانما يباح للحاجة الى الخلاص من المفاسد التي قد تعرض في الدين والدنيا فيعود على موضوعه بالنقض ولا حاجة الى الجمع بين الثلث بخلاف تفريقها على الاطهار فانها ثابتة نظرا الى دليلها وقد بينا ان الحاجة باطن فانيط الحكم بدليلها وهو الاقدام عليه في زمن الرغبة فاذا طلقها في كل طهر طلقة حكم بالحاجة الى الثلث كذلك فورد عليه ان دليل الحاجة انما يعتبر عند تصور الحاجة وهي هنا غير متصورة للعلم بارتفاعها بالطلقة الواحدة فاجاب بمنع انتفائها بالكلية لما قررناه في جواب مالك من ان الحاجة تتحقق الى فطام النفس على وجه يأمن تلاعبها من الندم وطريق فطامها مفرقة على الاطهار لا مجموعة لما وجهنا به **قوله** والمشروعية في ذاته جواب عن قوله مشروع فلا يجامع الحظر يعني ان مشروعيته باعتبار ذاته من ازالة الرق لما قدمنا من ان النكاح نوع رق فلا ينافي الحظر لغيره وهو ما ذكرنا من ان فيه قطع متعلق المصالح الدينية والدنياوية فجاز اجتماعهما فيكون مشروعا في ذاته مع حظره ولذلك فيصح اذا وقع ويستعقب الحكم مع استحقاق العقاب اذا لم يكن مسوغ للحظر الحالي كالصلوة في الارض المغصوبة والوجه في تقريره انه مشروع من حيث هو دافع لحاجة لزوم فساد الدين والدنيا ولا ينافيه كونه غير مشروع من حيث انه اضرار وكفران بلا حاجة وهذا احسن من قوله مشروع في ذاته اي ذاته الخ اذ قالت لان هذا التفصيل هو الواقع في نفس الامر سيصرح به في وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف في طلاق الحامل حيث قال تمام الاباحة بعلة الحاجة **قوله** وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا من انه لا حاجة الى الزيادة على الواحدة **قوله** واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل يعني اصل المبسوط وهو الكافي للحاكم ابي الفضل اخطأ السنة وهو ظاهر الرواية لانه لا حاجة في الخلاص الى اثبات صفة البينونة ولانه يسد على نفسه باب التدارك عند عدم اختيار المرأة الرجعة وفي الزيادة لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والمراد زيادات الزيادات فلا يشكل صحة اطلاق الزيادات عليها ومما يدل على صحة هذا ان ابا ركانة طلق امرأته البتة والواقع بها بائن ولم ينكر صلى الله عليه وسلم عليه القياس على الخلع والجواب تجويز ان يكون ابو ركانة طلق قبل الدخول ارادة اخراج الانكار عليه لحال اقتضت تأخيره اذ ذاك والخلع لا يكون الا عند تحقق الحاجة وبلوغها النهاية ولهذا روي عن ابي حنيفة ان الخلع لا يكره حالة الحيض **قوله** والسنة في الطلاق من وجهين في الوقت والعدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها وهي ان يطلق واحدة فاذا طلق غير المدخول بها ثلثا كان عاصيا فقي التي خلا بها اولى ان يكون معصية ولا يخفى ان الاستواء بينهما مطلقا متعذر فان السنة من حيث العدد في المدخول بها بقسميها ان يطلقها واحدة ليس غير وان يلحقها باخريين عند الطهرين ولا يتصور ذلك في غير المدخول بها اذ لا عدة لها وهذا ظاهر والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وكانه عمم المدخول بها في التي خلا بها فانها ايضا تجب مراعاة السنة في طلاقها وذلك الوقت هو الطهر الذي لم يجامع فيه ولا

ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر **قال** واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسألة الاجارات

ولان الحيض الذي قبله لازم في التخلص من البدعة في المدخول بها مراعاة السنتين فلو اخل باحدهما لزمت المعصية وانما لزمنا ان المراعاة في تحقق اباحة الطلاق دليل الحاجة اليه وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وزمان تجددها هو الطهر الخالي عن الجماع لا زمان الحيض ولا الطهر الذي جومعت فيه اما زمان الحيض فلانه زمان النفرة الطبيعية والشرعية واما الطهر الذي جومعت فيه فلان بالجماع مرة تفتر الرغبة واما غير المدخول بها فالرغبة فيها متوفرة ما لم يذقها فطلاقها في حال الحيض يقوم دليلا على تحقق الحاجة فجاز ان يطلقها في حال الطهر والحيض جميعا عملا فالذي ذكره هو تقييدها على المدخول بها يجامع انه وقت النفرة فلم يكن الطلاق فيه دليل الحاجة فلا يباح وفيما ذكرنا جوابه بالفرق وهو قوله الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض فان قلت هذا التعليل في مقابلة النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر ما هكذا امرك الله انما الجواب ان الاشارة من قوله هكذا الى طلاقه الحاصل الذي وقع منه فجاز كون تلك كانت مدخولا بها ولانه قال في رواية في هذا الحديث فتلك العدة التي امر الله تعالى ان يطلق لها النساء والعدة ليست الا للمدخول بها **قوله** واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر اي بان لم تبلغ سن الحيض وهو تسع على المختار وقيل ثمان وسبع او كبر بان كانت آئسة بنت خمس وخمسين على الاظهر او لا لها بان بلغت بالسن ولم تر دما اصلا فاراد ان يطلقها للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن اي لم يحضن بعد فيما تنشأ لان تقلب معنى المضارع الى المضي فاقام الاشهر مقام الحيض حيث نقل من الحيض اليها وايضا نص على ان الاشهر عدة بقوله فعدتهن ثلاثة اشهر والعدة في ذوات الحيض ليس الا الحيض لا المجموع فلزم بالضرورة كون الاشهر بدل الحيض وهو شبه بالاستبراء فانه في ذوات الحيض بحيضة وجعل فيمن لا تحيض بشهر يجوز كون الاقامة باعتبار ما يلزمه من الطهر المضاف الى كل حيضة ودرج بانه لو لم يكن كذلك اكتفي بعشرة ايام الا اكثر الحيض المجعول مدة والحيض المجعول عدة هو الذي يفصل بينه وبين مثله طهر صحيح بحيث تكون مدتهما غالبا شهرا وفرق بين قولنا هو بدل عن حيض تخللها اطهار وقولنا بدل عن الحيض والاطهار المتخللة فالطهر ضرورة تحقيقها الا من مسماه وما الزم به من انه لو كان مقام الحيض والطهر جميعا الزم منع الطلاق في الشهر الثاني لانه في الحيض حكما مدفوع بانه مقامه في انه عدة فقط لا في ذاته وراث الشهر طهر ولا في حكم آخر الا يرى ان الطلاق عقيب الجماع في طهر ذوات الاقراء حرام وفي الآئسة والصغيرة لا يحرم فكذا الطلاق في الشهر الثاني وهذا الخلاف تحصيل البدوي لاختياره في الفروع **قوله** ثم ان كان الطلاق وقع في اول الشهر بان يقع في اول ليلة رؤي فيها الهلال تعتبر الشهور بالاهلة اتفاقا في التفريق والعدة وان كان وقع في وسطه فبالايام في التفريق اي في تفريق الطلاق بالاتفاق فلا تطلق الثانية في اليوم الموفي ثلثين من الطلاق الاول بل في الحادي والثلثين فما بعده لان كل شهر معتبر بثلاثين فلو طلقها في اليوم الذي تم ثلثين كان جامعا بين طلاقين في شهر واحد وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رح تعتبر بالايام وهو رواية عن ابي يوسف رح فلا تنقضي عدتها الا بمضي تسعين يوما وعندهما يكمل الاول بالاخير والشهران المتوسطان بالاهلة وقوله في الفتاوى الصغرى تعتبر في العدة بالاهلة بالاجماع يخالف نقل الخلاف **قوله** وهي مسألة الاجارات يعني اذا استأجر ثلاثة اشهر في راس الشهر اعتبرت بالاهلة اتفاقا وان ناقصة كانت او كاملة وان استأجر في اثناء شهر تعتبر الاشهر الثلاثة بالايام عنده وعندهما يكمل الشهر الاول بالاخير وفيما بين ذلك بالاهلة وقيل الفتوى على قولهما لانه اسهل وليس بشيء ووجهه بان الاصل في الاشهر الاهلة فلا يعدل عنه الا لضرورة وهي مندفعة بتكميل الاول بالاخير ويمكن ان يقول ذلك في الاشهر العربية وهي المسماة بالاسماء وهو المحرم الى جمادين ورجب فلانها اشهر شتى وليس يلزم من ذلك الاهلة ونحو فلا بد من تعيين لانه لما لم يلزم من مسمى اللفظ الاهلة صار معناه ثلاثة اشهر من هذا اليوم

قال ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتبار توهم الحبل لانه عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر لكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطء غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان الرغبة فصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطء لكونه غير معلق او يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لان العلم في حقها انما هو الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل

فانقضى هذا الشهر حتى يدخل في الايام ثم يبتدئ الآخر من حين انتهى الاول فيلزم كذلك في الثلاثة **قوله** ويجوز ان يطلقها اي يطلق التي لا تحيض
من صغر او كبر ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان وبه قالت الائمة الثلاثة وقال زفر يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر وفي المحيط قال الحلواني في هذا
في صغيرة لا يرجى حبلها اما فيمن يرجى فالافضل له ان يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر كما قال زفر والحق ان قول زفر ليس هو افضلية الفصل
بل لزوم الفصل لان الشهر قائم مقام الحيض في التي لا تحيض وفيما يجب الفصل بحيضة ففي من لا تحيض يجب الفصل بما اقيم مقامه وهو الشهر ولان
بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان **قوله** ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها اي في التي لا تحيض من صغر او كبر والكراهية اي كراهية الطلاق في
الطهر الذي جامع فيه في ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة انها بالحيض او بالوضع وهذا الوجه منتف في التي لا تحيض لا لصغر ولا كبر بل
باتفاق امتداد طهرها متصلا بالصغر وفي التي لم تبلغ بعد وقد وصلت الى سن البلوغ ان لا يجوز تعقيب وطئها بالطلاق لتوهم الحبل في كل منهما
ولما كان ظاهرا ان يقال قد عللتم منع الطلاق في الطهر الذي جامع فيه بانه يفتر الرغبة فلم يقع الطلاق دليل الحاجة فغاية الامر ان الطلاق في ذلك
الطهر ممنوع من وجهين لاشتباه العدة ولعدم المبيح وهو الطلاق مع دليل الرغبة وفي الصغيرة والآيسة ان فقد الاول فقد وجد الثاني فيمتنع اجاب
بفتور الرغبة انما هو حاصل منع عدم الرغبة مطلقا بالجماع هنا بل انقطاع سبب من اسبابها وهو لا يستلزم عدمها مطلقا الا لو لم يكن من وجه آخر وقد
وجد وهو كونه وطئا غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة في الوطء وصار كزمان الحبل وعلى هذا التقرير لا معنى للسؤال القائل
لما تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور فتساقطتا فبقي الاصل وهو حظر الطلاق وتكلف جوابه لان حاصل الوجه ان للرغبة سببين عدم الوطء مدة تجدد
الرغبة عند آخرها عادة وكون الوطء غير معلق فعدم المدة تحقق بالوطء القريب عدم احد السببين مع قيام الآخر وذلك لا يوجب عدم الرغبة
هذا ثم يمكن ان يقال ينبغي ان يقتصر في الجواب على منع عدم الرغبة ويترك جميع ما قبله من التعليل بعدم توهم الحبل وادعاء ان الكراهة في ذوات
الحيض باعتباره فانه تعليل بما لا اثر له لانها عقيب الطلاق متربصة على كل حال الى ان ترى الدم ثلاث مرات اذا لم تره فتستمر في العدة الى ان يظهر
حملها ويظهر انه امتد طهرها بان لم يظهر حملها فتصير لامر اسه فهذا الحال لا يختلف لوطئها في الطهر الذي فيه الطلاق وعدم وطئها فيه فظهر ان التعليل باشتباه
وجه العدة لا اثر له اذ لم يبق فرق بين اعتدادها اذا جومعت في الطهر وعدمه الا تجويز انها حملت اولا وهذا الاختلاف مع الحال التي ذكرنا من اعتدادها
لا يقال انه على اصل الشافعي من ان الحامل تحيض يصح التعليل به لانها بعد الانفصال من الوطء يجوز الحبل وان رأت الدم فلا يحكم بعدم رؤيته ثلاثا
الا اذا مضت مدة يظهر في مثلها الحبل فلم يظهر بل وعلى اصلنا لانا نمنع من رؤية الحامل الدم بل نقول لما تراه استحاضة فمع تجويزنا الحبل لا نتيقن
بان ما رأته حيض او استحاضة وهي حامل الى ان تذهب مدة لو كانت حاملا فيها لظهر الحبل لانا نقول هذا بعينه جار فيما لو وطئت في الطهر الذي يليه
طهر الطلاق فلو اعتبر لكان منع الوطء فيه ايضا ممنوعا في آخره والحق ان كراهة الطلاق عقيب الجماع في ذوات الحيض لعروض الندم لظهور
الحبل لمكان الولد وتشتت حاله وحاله **قوله** وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وان عين حاملا اراد انه زمان
الرغبة في الوطء لكونه غير معلق لانه التعلق انها قد حبلت اذ حبلت فبقي آمنا من غيره فيرغب فيه لذلك ولمكان ولده منها لانه يتقوى به الولد
فيقصد نفعه فظهر انه لا حاجة الى قوله فيها الرغبة في الوطء لكل من الامرين **قوله** ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر لا يطلقها للسنة الا واحدة وقال بلغنا ذلك عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري رضي الله عنهم لان الاصل في الطلاق

شهر

اي انه حبلت

واذا طلق الرجل امرأته فى حالة الحيض وقع الطلاق لان النهى عنه لمعنى فى غيره وهو ما ذكرنا فلا ينعدم مشروعيته ويستحب له ان يراجعها لقوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها وقد طلقها فى حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع اثره وهى العدة ودفعا لضرر تطويل العدة

ثم قد ورد الشرع باحلال الثلث مفرقا على فصول العدة فى ذوات الحيض وورد باقامة الاشهر مقام الحيض فى الصغيرة والآئسة فصح
الحاق فى تفريقها على الاشهر والاشهر فى حق الحامل ليس من فصول عدتها فصارت الحامل كالممتد طهرها وفيها لا يفرق الطلاق على الاشهر
الحامل وقول محمد وقول الائمة الثلثة ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة وقد منا انها لا تنتفى مطلقا بالطلقة الواحدة فشرع لدفعها على وجه
يعقب الندم التفريق على اوقات الرغبة وهى الاطهار التى تلى الحيض ليكون كل طلاق دليل قيامها ولا دخل لكونها من فصول العدة لو كانت فصولا
وفصولها ليس الا الحيض لانها العدة لا الاطهار عندنا فكونها فصلا من فصول العدة ليس بالمؤثر بل الاثر دليل الحاجة وشرطه لانه كونه فى زمان تجدد
غبة والتجدد وبعد الفتور لا يكون عادة الا بعد زمان هو حين رأينا الشرع فرقها على الاطهار وجعل الايقاع اول كل طهر جائزا علمنا انه حكم بتجدد الرغبة
وتحقق عند ما قبله من الزمان الى مثله من اول طهر يليه وذلك فى الغالب شهر فادرنا الاباحة على الشهر وعلى هذا فالتفريق على الاشهر فى الآئسة والصغيرة
لكونها فصولا لاقامتها مقام العدة بل لما ذكرنا فالاثبات فيها ايضا بالقياس لا بالنص ودلالته بخلاف ما قاس عليه من ممتدة الطهر لانها محل النص على تعلق
الايقاع بالطهر الحاصل عقيب الحيض وهو مرجو فى حقها كل لحظة ولا يرجى فى الحامل ذلك وعلى هذا التقدير يسقط ما يرجح به شارح قول محمد رحمه الله تعالى
من التفريق على فصول العدة بقوله سبحانه فطلقوهن لعدتهن لما بينا من الغاء كونه فصلا من فصول العدة بالنسبة الى الحكم على انا نمنع دلالة الآية
على التفريق اصلا بل على استقبال العدة بالطلاق والعدة مجموع الاقراء وانما يفيد تفريقه قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر المتقدم ان من السنة
ان يستقبل الطهر فيطلقها لكل قرء وايضا بالقرء الطهر وقد جاء عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضوان الله عليهم فى تفسير الآية ان يطلقها طاهرة من غير جماع وهذا لان
التفريق طريقه ان مفهوم طلقوهن اوجدوا طلاقهن لعدتهن فيستلزم عموم عموم طلاقهن لانه جنس مضاف كما اذ عدتهن فقد احل جميع طلاقهن وهو ثلث لجميع عدتهن
وايقاعه بلفظ واحد حرام فكان المراد تفريقه على الاطهار او ما يقوم مقام ما يستلزم مساواة غير لازم لان الفعل انما يدل على المصدر النكرة فالمعنى اوجدوا طلاقا عليهن لعدتهن
اى لاستقبال وايضا فلفظ فصول العدة غير مذكور فى النصوص انما سماها بذلك الفقهاء ولا يعقل من معناه سوى انه جزء من اجزائها بالنسبة خاصة اليها اتفق انه
اتفق ان كل شهر من شهور الحامل جزء من اجزاء عدتها كذلك ان لم يتفق ان ينسب بالثلث وعلى هذا يقوى بحث شمس الائمة ان الشهر من فصول العدة
فى غيرها الا ان العلق بالاباحة الايقاع من حيث هو فصل وجزء بل من حيث هو زمان تجدد فيه الرغبة عند سبق مثله لذلك القدر من الزمان **قوله** اذا طلق الرجل
امرأته فى حالة الحيض وقع الطلاق خلافا لمن قدمنا النقل عنهم من الامامية ونقل الخطابى عن اسمعيل بن علية من المحدثين وهذا لان النهى عنه لمعنى فى غيره يعنى النهى المستفاد
من الامر اى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهو المراد بالامر فى قوله صلى الله عليه وسلم ما هكذا امرك الله فى قوله وهو ما ذكرنا اى من تحريم تطويل العدة عليها وهذا
الامر مع انعقاد اجماع الفقهاء ويستحب له ان يراجعها لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر فى حديث ابن عمر فى الصحيحين مر ابنك فليراجعها وقد طلقها فى
حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع فيندفع به قول من فى الوقوع والحث على الرجعة والاستحباب المذكور انما هو قول بعض المشايخ وكانه عن قول محمد فى الاصل
ينبغى له ان يراجعها فانه لا يستعمل فى الوجوب والاصح انه واجب كما ذكر المصنف عملا بحقيقة الامر فان حقيقته او صيغته الطالبة على
سبيل الحتم واعلم ان على قول الشافعية ان لفظ الامر الذى مادته ا م ر مشترك بين الصيغة النادبة والموجبة حتى يصدق
انه ماموربه حقيقة فعلى هذا لا يلزم الوجوب اذ لا يلزم من قوله مره اوجد الصيغة الطالبة مجردة من القرائن بل يحتمل ذلك وغيره فاذا تعين
كونه مطلوبا فى الجملة وهو لا يستلزم الوجوب ولذا قال الشافعى وكذا احمد بالاستحباب واما عندنا فمسمى الامر الصيغة الموجبة كما ان

قال واذا طهرت وحاضت ثم طهرت فانشاء طلقها وان شاء امسكها قال رضي الله عنه هكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي رحمه الله انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة الاولى قال ابو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الاصل قولهما ووجه المذكور في الاصل ان السنة ان تفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزى فتتكامل واذا تكاملت الحيضة الثانية فالطهر الذي يليها زمان السنة فامكن تطليقها على وجه السنة ووجه القول الآخر ان اثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه

حقيقة في الوجوب فيلزم الوجوب منها وان كانت صادرة عن عمر رضي الله عنه الى النبي صلى الله عليه وسلم لانه نائب عنه فيها فهو كالمبلغ للصيغة فاشتمل تداركها على حوين صحيح هو الوجوب على عمر رضي الله عنه بان يأمر وضمني هو ما يتعلق بابنه عند توجيه الصيغة اليه وانما يكون بالاستحباب هنا انما يعود على ان المعصية وقعت فتعذر ارتفاعها فبقي مجرد التشبيه بعدم مباشرتها والجواب ان ذلك لا يصلح صارفا للصيغة عن الوجوب بجواز ايجاب رفع اثره وهو العدة وتطويلها اذ بقاء الآثر بقاء ما هو اثره من وجه فلا تترك الحقيقة قيل عليه ما حاصله ان هذا انما يصلح بحثا يوجب الوجوب لكن لا يفيد ان ما ذكر القدوري من الاستحباب قول بعض المشايخ مع ان ما في الاصل انما قال فليراجعها على الاستحباب مرجع هذا الكلام الى الكار نقل الوجوب عن المشايخ وجعله قول بعض المشايخ بل ذلك بحث فاذا تحقق النقل اندفع وقوله والاصح كذا في عادة المصنفين نقل المرجح في المذهب لا ترجيح مذهب اختاره عن المذهب وتذكير ضمير اثره مع انه للمعصية المشار اليها بالعصيان او هو للطلاق في الحيض **قوله** واذا طهرت وحاضت ثم طهرت فانشاء طلقها وان شاء امسكها هذا لفظ القدوري وهكذا ذكر في الاصل ولفظ محمد فيه فاذا طهرت في حيضة اخرى راجعها وذكر الطحاوي ان له ان يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها وراجعها فيها قال الشيخ ابو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الاصل قولهما ويظهر ان ما في الاصل قول الكل موضوع لاثبات مذهب ابي حنيفة رحمه الله الا ان يحكي الخلاف ولم يحك خلافا فيه فلذا قال في الكافي انه ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله وبه قال الشافعي في المشهور ومالك واحمد وما ذكر الطحاوي رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو وجه للشافعية ووجه المذكور في الاصل وهو ظاهر المذهب لابي حنيفة رحمه الله من السنة ما في الصحيحين من قوله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فان بدا له ان يطلقها فليطلقها قبل ان يمسها فتلك العدة التي امر الله عز وجل وفي لفظ تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها ووجه ما ذكر الطحاوي رواية سالم في حديث ابن عمر رضي الله عنه مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا او حاملا رواه مسلم واصحاب السنن والاولى اولى لانها اكثر تفصيلا بالنسبة الى هذه الرواية واقوى صحة وظهر من لفظ الحديث حيث قال ليمسكها حتى تطهر ان استحباب الرجعة او ايجابها مقيد بذلك الحيض الذي وقع فيه وهو المفهوم من كلام الاصحاب ايضا فعلى هذا اذا لم يفعل حتى طهرت تقررت المعصية واما من جهة المعنى فوجه الظاهر المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل تطليقتين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالحيضة الثانية ولا تتجزى اي ليس تجزيها على حدته حكم في الشرع والاولى ان يقول لا يمكن ان يكون بعض حيضتين حيضة فوجب تكاملها اذ لا تتصور حيضة الا الثانية فلزم الاولى ووجه ما ذكره الطحاوي ان اثر الطلاق انعدم بالرجعة فصار كانه لم يطلقها في هذه الحيضة فيسن تطليقها في الطهر الذي يليها وعلى هذه الرواية يتفرع ما عن ابي حنيفة رحمه الله اذا طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها لا يكره ان يطلقها الثانية في ذلك ولو راجعها بعد الثانية لا يكره ايقاع الثالثة وعلى هذا فرع ما لو راجعها بشهوة ثم قال لها انت طالق ثلثا للسنة تقع الثلث للسنة في الحال متتابعة لانه يصير مراجعا بالمس بشهوة فيكون الوقت وقت طلاق السنة فيقع الثانية وكذا الثالثة وعلى ظاهر الرواية وهو قولهما لا تقع الا الاولى ثم في كل طهر بعد حيضة تقع اخرى فما ذكر في المنظومة ومجمع البحرين من نسبة ذلك لهما انما هو على رواية الطحاوي لا على ظاهر مذهبهما هذا اذا وقعت الرجعة بالقول او بالمس اما اذا وقعت بالجماع ولم تحبل فليس له ان يطلقها اخرى في هذا الطهر لانه طهر جامعها فيه وان حبلت فعند ابي يوسف رحمه الله ليس ان يطلقها اخرى حتى يمضي تحت الطلاق شهر وعند ابي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله له ان يطلقها لان الكراهة في الطلاق عقيب الجماع في الطهر انما يجيء لاشتباه امر العدة عليها وذلك لا يوجد اذا حبلت وطهر الحبل هذا في محل الرجعة فالوجه الذي كان للاول انما قيل لا يكره الطلاق الثاني اتفاقا قيده في محل الرجعة فليس له ان يطلقها اتفاقا والاوجه انه على اختلاف الرواية

ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا
جماع فيه وان نوى ان يقع الثلث الساعة او عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض او في حالة الطهر وقال زفر رح لا تصح
نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظمه عند نيته
وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على
ما بينا وان نوى ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا لما قلنا بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلث حيث لا تصح نية الجمع فيه
لان نية الثلث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلث

قوله ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة فان نوى ذلك فالظهر ثم ان لم يكن جامعها
في هذا الطهر وقعت واحدة للحال ثم عند كل طهر اخرى وان كان جامعها لم يقع شيء حتى تحيض وتطهر وعند الشافعي رح يقع الثلث للحال لانه لا بدعة عنده
ولا سنة في العدد ولو كانت من ذوات الاشهر يأتي ولو كانت غير مدخول بها وقع عليها واحدة في الحال وان كانت حائضا ثم لا يقع شيء الا ان يتزوجها
مرة اخرى فتقع الثانية فان تزوجها ايضا وقعت الثالثة ووجه المسئلة على ما هو التحقيق ان اللام للاختصاص فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنية
مطلق فينصرف الى الكامل وهو السني عددا ووقتا فوجب جعل الثلث مفرقا على الاطهار ليقع واحدة في كل طهر تأتي تعليل الاثر بكون اللام للوقت
فلا يستلزم الجواب لان المعنى حينئذ ثلثا لوقت السنة وهذا يوجب تقييد الطلاق باحد جهتي سنة الطلاق وهو السني وقتا ويخرج فموردا في ثلثا في وقت السنة
ويصدق بوقوعها جملة في طهر بلا جماع فانه بهذا التفسير امتنع فهم السنة في جهتيها بخلاف ما قررناه واما الصرف عن هذا بنية قصد الثلث حيث
يصح خلافا لزفر قال لانه بدعة ضد السنة ولا يحتمله لفظه فلا تعمل نية فيه قلنا بل يحتمله لانه سني وقوعا اي وقوعه بالسنة فيصح ارادته
وتكون اللام للتعليل اي لاجل السنة التي اوجبت وقوع الثلث بخلاف ما لو صرح بالاوقات فقال انت طالق ثلثا اوقات السنة حيث لا تصح
فيه نية الجمع لعدم احتمال اللفظ والنية انما تعمل مع لفظ محتمل واللام تحتمل الوقت والتعليل وهي في مثاله للوقت اظهر منها للتعليل فينصرف الى
التعليل بالنية والى الوقت عند عدمها بخلاف لفظ اوقات وكذا اذا نوى ان يقع عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت عند راس الشهر
حائضا او طاهرا لان راس الشهر اما ان يكون زمان حيضها او طهرها فعلى الثاني هو سني وقوعا وايقاعا وعلى الاول سني وقوعا فنية الثلث عند
راس كل شهر مع العلم بان راس الشهر قد يكون حائضا فيه نية الاعم من السني وقوعا وايقاعا او وقوعا فقط **قوله** وان كانت اي المرأة التي قال لها انت
طالق ثلثا للسنة آيسة او من ذوات الاشهر التي هي مفعول العدة عندهم فيتناول الحال عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقعت للساعة واحدة وبعد كل شهر
اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا من ان الشهر في حقها قائم مقام الحيض **قوله** وان نوى ان تقع الساعة ثلث
وقعن عندنا خلافا لزفر رح لما قلنا من انه سني وقوعا فيصح منويا ولقائل ان يقول ينبغي ان يقع الثلث في الحال متتابعة لان هذه يجوز ان يطلقها عقيب
جماعها فكل وقت في حقها وقت طلاق السنة وما جمع به ذلك وهو ان الرغبة مستمرة ولو عقيب الجماع يوجب توالي الثلث في الوقوع كما لو مسها
بشهوة وقال انت طالق ثلثا للسنة على ما مر عن ابي حنيفة رح حيث يقع الثلث متتالية لان وقت كل واحد منها وقت السنة فان اختلف الوجه على ما
يجب ان لا يختص صحة نية الثلث بايقاعات متفرقة في ان يفرق بين كل تطليقتين بشهر بل غايته ان يكون اولى فيعطف هذا البحث على ما تقدم ايضا **قوله**
بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة الخ اذا قال انت طالق للسنة ولم يذكر ثلثا وقعت واحدة في الحال ان كانت في طهر لم يجامعها فيه وان كانت
قد جامعها او حائضا لم يقع شيء حتى تطهر فيقع واحدة ولان اللام فيه للاختصاص اي الطلاق المختص بالسنة ولو نوى ثلثا مفرقا على الاطهار صح لان المعنى
في اوقات طلاق السنة ومن ضرورة وقوع الطلاق في كل وقت منها وهي متعددة تعدد الواقع فيصح ولو نوى ثلثا جملة اختلف فيه فذهب
الصدر فخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات الى انه لا يصح وانما يقع به واحدة في الحال وذهب القاضي ابو زيد وشمس الائمة وشيخ الاسلام
الى انه يصح فيقع الثلث جملة كما يقع متفرقا على الاطهار لان للسنة يحتمل معنى التعليل فيصح وقوعها كما اذا صرح بلفظ الثلث وحقق بعضهم ان التطليق
المختص بالسنة مستحق وهو ما عرف سنيا وبدعيا وكلاهما عرفا بالسنة وان اقترن احدهما بالنهي فايهما نوى صح فاذا نوى البدعي صح لانه يحتمل

فصل ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار

كلامه بحنا المصنف ادعيه الا ان مع نية الجملة لا يكون اللام للوقت مفيدة للعموم وما وقع الثلث الا من ضرورة التعميم بالوقوع لان مجرد طالق لا تقع فيه نية الثلث على ما سياتي ان شاء الله تعالى فاذا انتفى تعميم الاوقات لم يبق ما يصلح لايقاع الثلاث فلا يعمل فيه جملتها وقولهم المختص بالسنة مستحب وبدعى فايهما نوى صح ان اراد انه اذا نوى الطلاق العام الذي هو احد القسمين صح منشاه فلان طالقا لا يراد به الثلث اصلا بلا خلاف في المذهب على ما سياتي لعدم احتماله اياه فلا يراد به وان اراد انه اذا نوى فردا من الطلاق البدعي او المستحب صح فمسلم لا يفيد وقوع الكل ليس ثم موجب آخر لفرض ان اللام ليست لعموم الوقت ليس غير وارد وعليه بعض الشارحين منع ان تعميم الاوقات لا يستلزم تعميم الواقع للاتفاق على انه اذا قال انت طالق كل يوم ولا نية له لا يقع الثلث لما سيعرف من انه بطلاق واحد تكون طالقا كل يوم وكذا بالطلاق في وقت من اوقات السنة تتصف بها طالقا في جميع اوقاتها المستقبلة وهذا غير مطابق للمتنازع فيه لان الكلام فيما اذا نوى بقوله طالق للسنة تعميم اوقات السنة بالوقوع لا فيما ذكر من عدمه وما ذكرناه اذا لم تكن نية تقع واحدة وكذلك طالق كل يوم تقع به واحدة بلا نية ولو نوى فيه تجدد الواقع في الايام عملت نيته فيقع الثلاث في ثلاثة ايام نعم هذا يصلح الحكاية على نحو وقوع الثلث مفرقا على الاطهار في هذه المسئلة ومفرقا على الايام في المسئلة المورد بها على ما ذكرنا من ان طالقا لا يقبل الثلث وللسنة على ما قرر للعهد لوقتها فيفيد تعميم الوقت لكن تعميمه لا يستلزم تعميم الواقع في العدة بل انسحاب حكم طلقة واحدة يوجب انها طالق في جميع اوقات السنة المستقبلة وفي كل الايام فلم يوجب تعميم طالق في عدد الطلاق ولا يحتمله فلا محتمل للتعميم فلا تصح نيته وسنذكر ما ذكر من وجه تصحيحه في فصل اضافة الطلاق ان شاء الله تعالى **فروع** الفاظ طلاق السنة على ما عن بشر عن ابي يوسف وللسنة وفي السنة وعلى السنة وطلاق سنة والعدة وطلاق عدة وطلاق العدل وطلاقا عدلا وطلاق الدين والاسلام واحسن الطلاق او اجمله او طلاق الحق او القران او الكتاب كل هذه تحمل على اوقات السنة بلا نية لان كل ذلك لا يكون الا في المامور به ولو قال طالق في كتاب الله او بكتاب الله او معه فان نوى طلاق السنة وقع في اوقاتها والا وقع في الحال لان الكتاب يدل على الوقوع للسنة والبدعة فيحتاج الى النية ولو قال على الكتاب او على قول القضاة او الفقهاء او طلاق القضاة او الفقهاء ان نوى للسنة دين في القضاء يقع في الحال لان قول القضاة والفقهاء يعني الامرين فاذا خصص دين ولا يسع في القضاء لانه غير ظاهر ولو قال عدلية او سنية وقع عند ابي يوسف للسنة ولو قال حسنة او جميلة وقع في الحال قال محمد في الجامع الكبير وقع في الحال في كلها لان هذه الصفات جاز ان توصف بها المرأة فلا تجعل للطلاق حتى يتاخر فيقع في الحال واعتبر ابو يوسف الغالب وياتي في الفصل الذي يليه التشبيه للطلاق ولو قال طالق للبدعة او طلاق البدعة ونوى الثلث في الحال يقع لانها تحتمل كلامه وكذا الواحدة في الحيض والطهر الذي فيه جماع وان لم تكن له نية فان كان في طهر فيه جماع او في حالة الحيض والنفاس وقعت واحدة من ساعته وان كانت في طهر لا جماع فيه لا يقع للحال حتى تحيض او يجامعها في ذلك الطهر **فصل قوله** ولا يقع طلاق الصبي وان كان يعقل والمجنون والنائم والمعتوه كالمجنون قيل هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون وقيل العاقل من يستقيم كلامه وافعاله الا نادرا والمجنون ضده والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء وهذا يؤدي الى ان لا يحكم بالعته على احد والاولى ان يقال من يكون كل من الامرين منه غالبا معناه يكثر منه وقيل من يفعل فعل المجانين عن قصد مع ظهور الفساد والمجنون بلا قصد والعاقل خلافهما وقد يفعل فعل المجانين على ظن الصلاح احيانا والمبرسم والمغمى عليه والمدهوش كذلك وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون الذي في سنن الترمذي عن ابي هريرة رضي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه

وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف الشرين واختار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع

المغلوب على عقله وضعفه وروى ابن ابي شيبة بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما لا يجوز طلاق الصبي وروى ايضا عن علي رضي الله عنه كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه وعلقه البخاري ايضا عن علي رضي الله عنه بلفظ الايجاز بمعنى النفاذ وروى البخاري ايضا عن عثمان رضي الله عنه انه قال ليس لمجنون ولا لسكران طلاق لكن معلوم من كليات الشريعة ان التصرفات لا تنفذ الا ممن له اهلية التصرف وادناها بالعقل والبلوغ خصوصا ما هو دائر بين الضرر والنفع خصوصا ما لا يحل الا لانتفاء مصلحة ضده القائم كالطلاق فانه يستدعي تمام العقل ليحكم به التمييز في ذلك الامر ولم يكف عقل الصبي العاقل لانه لم يبلغ الاعتدال بخلاف ما هو حسن لذاته بحيث لا يقبل حسنه السقوط وهو الايمان حتى صح من الصبي العاقل ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لا يعتبر لان المدار صار البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم وكون البعض له ذلك لا يبني الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالمظان الكلية وبهذا يبعد ما نقل عن ابن المسيب اذا عقل الصبي الطلاق جاز طلاقه وعن ابن عمر جواز طلاق الصبي ومراده العاقل ومثله عن الامام احمد رحمه الله واستدل على الصحة بهذا المنقول **قوله** وطلاق المكره واقع وبه قال الشعبي والنخعي والثوري خلافا للشافعي رحمه الله وبقوله قال مالك واحمد رحمهما الله فيما اذا كان الاكراه بغير حق لا يصح طلاقه ولا خلعه وهو مروي عن علي وابن عمر وشريح وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولان الاكراه لا يجامع الاختيار الذي به يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه قلنا وكذلك المكره مختار في التكلم اختيارا كاملا في السبب الا انه غير راض بالحكم لانه عرف الشرين فاختار اهونهما عليه غير انه محمول على اختياره وذلك لا تأثير له في نفي الحكم يدل عليه حديث حذيفة وابيه حين حلفهما المشركون فقال لهما صلى الله عليه وسلم نفي لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم فبين ان اليمين طوعا وكرها سواء فعلم ان لا اثر للاكراه في نفي الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيار بخلاف البيع لان حكمه يتعلق باللفظ وما يقوم مقامه مع الرضا وهو منتف بالاكراه وحديث رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه من باب المقتضى ولا عموم له ولا يجوز تقدير الحكم الذي يعم احكام الدنيا واحكام الآخرة بل اما حكم الدنيا واما حكم الآخرة والاجماع على ان حكم الآخرة وهو المؤاخذة مراد فلا يراد الآخر معه والا عمم وروى محمد رحمه الله باسناده عن صفوان بن عمر الطائي ان امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فاخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثا او لاذبحنك فناشدها الله فابت فطلقها ثلاثا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا قيلولة في الطلاق وروي ايضا عن عمر رضي الله عنه انه قال اربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رديد النكاح والطلاق والعتاق والصدقة واما الوجه القائل الاكراه لا يزيل الخطاب فيما اكره فيه حتى يباح مرة ويفترض اخرى ويحرم اخرى فليس الكلام في حل الاقدام وحرمته بل في ترتب حكم ما حل او وجب الاقدام عليه اذا كان تلفظا او لازما من حل التلفظ دفعا للضرر عن نفسه ترتب حكمه اذا كان مما يقصر فالوجه ما تقدم وجميع ما يثبت مع الاكراه احكامه عشرة تصرفات النكاح والطلاق والرجعة والايلاء والفيء والظهار والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر وجمعها السلحفنا في قوله يصح مع الاكراه عتق ورجعة ✽ نكاح وايلاء طلاق مفارق ✽ وفيء ظهار واليمين ونذره ✽ وعفو لقتل شاب عنه مفارق ✽ وهذا في الاكراه على غير الاسلام والا فبالاكراه على الاسلام تتم احد عشر لان الاسلام يصح معه **قوله** وطلاق السكران واقع وكذا عتاقه وخلعه وهو من لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الارض ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف فهو كالصاحي وثاني بعض النسخ المختصر من قوله يقع الطلاق اذا قال نويت به الطلاق يعني المكره والسكران فليس مذهبا لاصحابنا لانه اذا قال نويت به او ذكره كناية من الكنايات مثل انت حرة فيجب ان يصدق فيقع بالاجماع وفي شرح بكر السكر الذي يصح به التصرفات

واختيار الكرخي والطحاوي رحمهما الله أنه لا يقع وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله لأن صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالنوم والإغماء ولنا أنه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول إنه لا يقع

إن بعض رجال يحسن ما يستقبحه الناس ويستقبح ما يستحسنه الناس لكنه يعرف الرجل من المرأة وفي المسألة خلاف عال بين التابعين ومن بعدهم فقال بوقوعه من التابعين سعيد بن المسيب وعطاء والحسن البصري وإبراهيم النخعي وابن سيرين ومجاهد وبه قال مالك والثوري والأوزاعي والشافعي في الأصح وأحمد في رواية وقال بعدم وقوعه القاسم بن محمد وطاوس وربيعة بن عبد الرحمن والليث وإسحاق بن راهويه وأبو ثور والمزني وقد ذكرناه عن عثمان رضي الله عنه وروي عن ابن عباس رضي الله عنه وهو مختار الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمة من مشايخنا ووجهه أن غاية ما يبيح التعريف به الكلام إلا أن حكمه ما يتعلق بمجرد لفظه القصد الصحيح إلى لفظه وليس له ذلك فهو أسوأ حالا من النائم لأنه إذا أوقظ استيقظ بخلاف السكران ومن سكر من البنج والدواء وهو الأفيون وكون زوال عقله بسبب هو معصية لا أثر له والأصح رده ولا تقع قلنا لما خاطبه الشرع في حال سكره بالأمر والنهي بحكم فرعي عرفنا أنه اعتبره كقائم العقل تشديدا عليه في الأحكام الفرعية وعقلنا أن ذلك يناسب كونه تسبب في زوال عقله بسبب محظور وهو مختار فيه وعلى هذا اتفق فتاوى مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية بوقوع طلاق من غاب عقله بأكل الحشيش وهو المسمى بورق القنب لفتواهم بحرمته بعد أن اختلفوا فيها فأفتى المزني بحرمتها وأفتى أسد بن عمرو بحلها لأن المتقدمين لم يتكلموا فيها بشيء لعدم ظهور شأنها فيهم فلما ظهر من أمرها من الفساد كثيرا وفشا عاد مشايخ المذهبين إلى تحريمها وأفتوا بوقوع الطلاق ممن زال عقله بها فإن قيل عليه وإنما أقوى الوجه من الجانبين يفيد أن الخلاف في صحة تصرفات السكران بالمعنى الأول وهو من لا عقل له يميز به الرجال من النساء وبه يبطل قول من ادعى أن الخلاف إنما هو فيمن يميز حكم الاستحسان والاستقباح مع تمييز الرجل من المرأة والعجب مما صرح به في بعض العبارات من أن منه ما يقوم به التكليف إذ لا شك أن على هذا التقدير لا يتجه لأحد أن يقول لا يصح تصرفاته أما ذلك الخطاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى لأنه إن كان خطابا له حال سكره فنص وإن كان قبل سكره فيستلزم أن يكون مخاطبا في حال سكره إذ لا يقال إذا جننت فلا تفعل كذا وأما النصوص والإجماع فإنه لما ألحق بالصاحي فيما لا يثبت مع الشبهة وهو الحد والقصاص حتى حد إذا قذف وقتل إذا قتل فإلحاقه به فيما يثبت معها كالطلاق والعتاق أولى وإنما لم يعتبر إقراره بما يوجب الحد لأن حاله وهو كونه لا يثبت على شيء يوجبه إجماعا قرينة عدم صحة رده لأن صريح النص لما اعتبر عقله باقيا إنما هو من فروع الدين فلو أثبتناه في أصل الدين كان بالقياس ولا يلزم من التشديد عليه فيما لا يوجب الكفارة فيما يوجبه لأن الكفارة والحالة هذه إنما يكون احتياطا ولا يحتاط في الإكفار بل يحتاط في عدمه لأن كنها الاعتقاد وهو منتف لا يقال يلزم عدم إكفار الهازل لأنه أيضا لا يعتقد ما قاله من الكفر لأنا نقول إكفاره بالاستخفاف بالدين والاستخفاف بالدين كفر وهو منتف في السكران زائل العقل لأنه غائب مستخف بشيء وفي جعل الفقه لأن إبقاء عقله لا يجدي لحاجة إلى الزجر فيما يتطلب وجوده والردة لا يتطلب وجودها ولأن حقيقة زوال العقل تقتضي بقاء الإسلام وحقيقة بقائه زواله فترجح جهة البقاء لأن الإسلام يعلو ولا يعلى وعدم الوقوع بالبنج والأفيون لعدم المعصية فإنه يكون للتداوي غالبا فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية حتى لو لم يكن للتداوي بل للهو وإدخال الآفة ينبغي أن نقول يقع فإن عبد العزيز الترمذي قال سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع إلى رأسه فطلق امرأته قال إن كان حين شربه يعلم أنه ما هو تطلق امرأته وإلا لم تطلق ومعلوم أن الضرر وعدمه سببه فكان محل أنه لما قلناه عن ذلك قلنا إذا شرب الخمر فصدع فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع والحكم لا يضاف إلى ما يعد كالشرط عند عدم صلاحية العلة وهي الصداع للعلية إذ الشرط لا يصلح للعلية لو تنزلنا فالشرب ليس موضوعا للصداع بل يثبت الصداع اتفاقا عند استعداد.

وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستأتيك وجوه في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر اكمل فكانت مالكيته ابلغ واكثر ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان

في ذلك الوقت فصار الشرب الذي وجد منه الصداع الذي عنه زوال العقل كسفر المعصية لما لم يكن موضوعا للمعصية لم يوجب التشديد بمنع الترخص لم يضف زوال العقل اليه ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذي لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل بل زال به حيث تعلق التشديد لاضافة زوال العقل اليه وهو المعصية وعلى هذا لو سكر بها مكرها او لاساغة لقمة ثم سكر لا يقع عند الائمة الثلاثة وقال صاحب التحفة وفخر الاسلام وكثير منهم على انه يقع لانه عقل زال عند كمال التلذذ وبعد ذلك لم يبق مكرها والاول احسن لان موجب الوقوع عند زوال العقل ليس الا التسبب في زواله بسبب محظور وهو منتف وحاصل ان السكر بسبب مباح كمن اكره على شرب الخمر او الاشربة الاربعة المحرمة او اضطر لا يقع طلاقه وعتاقه ومن سكر منها مختارا اعتبرت عبارته واما من شرب من الاشربة المتخذة من الحبوب والعسل فسكر وطلق لا يقع عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد وبقول محمد يفتى لان السكر من كل شراب محرم **قوله** وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت معهودة وكانت كالعبارة في الدلالة استحسانا فيصح بها نكاحه وطلاقه وشراؤه سواء قدر على الكتابة او لا وهذا استحسان بالضرورة فانه لو لم يعتبر منه ذلك ادى الى موته جوعا وعريا ثم رأينا الشرع اعتبر اشارته في العبادات الا يرى انه اذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كان معتبرا فكذا في المعاملات وقال بعض الشافعية ان كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالاشارة لاندفاع الضرورة بما هو ادل على المراد من الاشارة وهو قول حسن وبه قال بعض مشايخنا ولا يخفى ان المراد من الاشارة التي يقع بها طلاقه الاشارة المقرونة بتصويت منه لان العادة منه ذلك فكانت الاشارة بيانا لما اجمله الاخرس ويتصل بما ذكرنا كتابة الطلاق والاخرس فيها كالصحيح فاذا طلق الاخرس امرأته بالكتابة وهو يكتب جاز عليه ومن ذلك ما يجوز على الصحيح لانه عاجز عن الكلام قادر على الكتاب فهو والصحيح في الكتاب سواء وستفصله ان شاء الله تعالى موصولا بكنايات الطلاق **قوله** وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بالرجال فان كان الزوج عبدا وهي حرة حرمت عليه بتطليقتين وان كان هو حرا وهي امة لا تحرم عليه الا بثلث ونقل ان الشافعي لما قال عيسى بن ابان له ايها الفقيه اذا ملك الحر على امرأته الامة ثلثا كيف يطلقها للسنة قال يوقع عليها واحدة فاذا حاضت وطهرت اوقع اخرى فلما اراد ان يقول فاذا حاضت وطهرت قال له حسبك قد انقضت عدتها فلما تحير رجع فقال ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة وبقول الشافعي قال مالك واحمد وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وبقولنا قال الثوري وهو مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهما له ما روي عنه صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء قابل بينهما واعتبار العدة بالنساء من حيث العدد فكذا الطلاق تحقيقا للمقابلة فانه ليس المراد به الايقاع بالرجال لانه معلوم من قوله تعالى فطلقوهن وفي موطأ مالك ان نفيعا مكاتبا لام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم او عبدا كان تحته امرأة حرة فطلقها اثنتين ثم اراد ان يراجعها فامره ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ان يأتي عثمان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج آخذا بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعا فقالا حرمت عليك حرمت عليك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان رواه ابو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني من عائشة ترفعه وهو المرجح الثابت بخلاف ما رواه فانه ما اسند من معنى المقابلة لانه فرع صحة الحديث وحسنه ولا وجود له حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق يعرف وقال الحافظ ابو الفرج بن الجوزي موقوف على ابن عباس رضي الله عنه وقيل من كلام زيد بن ثابت وحديث الموطأ موقوف عليه وعلى عثمان وهو لا يرى تقليد الصحابي رضي الله عنه والالزام انما يكون على الاثبات لا لان حقيقته نقض مذهب الخصم بالاعتقاد والملزم صحيحا ولا يكون نقض مذهب خصمه فقط يوجب صحة مذهب نفسه الا بطريق عدم القائل بالفصل وهذا لا يكون الا

ولأن حل المحلية نعمة في حقها وللرق أثر في تنصيف النعم إلا أن العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان وتأويل ما رواه أن الإيقاع بالرجال وإذا تزوج العبد امرأة حرة بإذن مولاه وطلقها وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الإسقاط إليه دون المولى

باب إيقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا

إذا كان ما انفرد به ما يعتقده صحيحا وهو منتف عنه في مذهب الصحابي فهو في معتقده غير منقوض فلم يثبت لمذهبه دليل يقاوم ما ذكرنا فإن قيل قد ضعف أيضا ما رويتم بابن رواية مظاهر ولم يعرف له سوى هذا الحديث قلنا أولا تضعيف بعضهم ليس كعدمه بالكلية كما هو فيما رويتم وثانيا إن ذلك التضعيف ضعيف قال ابن عدي أخرج له حديثا آخر عن المقبري عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ العشر الآيات في كل ليلة من آخر آل عمران وكذا رواه الطبراني ثم منهم من ضعفه عن أبي عاصم النبيل فقط ومنهم من نقل عن ابن معين وأبي حاتم والبخاري تضعيفه لكن قد وثقه ابن حبان وأخرج الحاكم حديثه هذا عن القاسم عن ابن عباس ثم قال ومظاهر شيخ من أهل البصرة ولم يذكره أحد من متقدمي مشايخنا بجرح فإذن إن لم يكن الحديث صحيحا كان حسنا ومما يصحح الحديث أيضا عمل العلماء على وفقه قال الترمذي عقيب روايته حديث غريب والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم وفي الدارقطني قال القاسم وسالم عمل به المسلمون وقال مالك شهرة الحديث بالمدينة تغني عن صحة سنده انتهى الكلام

قوله ولأن حل المحلية نعمة تتزيد بزيادته ولذا اتسع حله صلى الله عليه وسلم عند زيادة فضله وللرق أثر في تنصيف النعم في الشرع كما عرف إلا أن العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان يعني يلزم لتنصيف النعمة أن يتزوجها مرة ونصفا عقيب طلاقه إياها لكن العقدة لا تتجزى فكملت كالطلقة والحيضة في حقها ثم لو تم أمر ما رواه كان المراد به أن قيام الطلاق بالرجال لأنه لو كان احتمالا فقد ساوى التأييد تبادرا وبناء فكيف به المتبادر إلى الفهم من ذلك اللفظ كما هو في قولهم الملك بالرجال **قوله** وإذا تزوج العبد امرأة وقع عليها طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته دون ملك النكاح يثبت للعبد لأن ملكه من خصائص الآدمية وهو فيها مبقى على أصل الحرية إلا أنه يحتاج في ابتداء تملكه إياه إلى إذن المولى لو سلم له الشرع بالمال في حق الابتداء والبقاء في حق النفقة وتعلق الدين بالعبد يقع متعلقا برقبته بحيث تؤخذ هي فيه وفي ذلك ضرر بالمولى فيتوقف على رضاه به والتزامه إياه فإذا التزمه حتى ثبت له الملك كان إليه لا إلى غيره وفي سنن ابن ماجه من طريق ابن لهيعة عن ابن عباس جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال يا رسول الله سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها فصعد النبي صلى الله عليه وسلم المنبر فقال يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده من أمته ثم يريد أن يفرق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ بالساق رواه الدارقطني أيضا من غير ما وجه والله أعلم **فرع** الوكيل بالطلاق إذا أكره بال لا ينعزل بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل بائنا أو رجعيا فللوكيل أن يطلقها بعد ذلك ما دامت في العدة وإذا انقضت عدتها ينعزل حتى لو تزوجها الموكل بعد العدة لا يقع طلاق الوكيل بخلاف ما لو تزوجها قبل انقضاء العدة وفيما إذا كان الطلاق بائنا فإنه لو طلقها الوكيل وقع عليها والله أعلم بالصواب

باب إيقاع الطلاق

ما تقدم كان ذكر الطلاق نفسه وأقسامه الأولية السني والبدعي وإعطاء بعض أحكام تلك الكليات وهذا الباب لبيان أحكام جزئيات لتلك الكليات فإن المورد فيه خصوص ألفاظ كأنت طالق ومطلقة وطلاق لا عطا له أو مضافة إلى بعض المرأة وإعطاء حكم الكلي وتصويره قبل الجزئي فنزل منزلة تفصيل يعقب إجمالا فظهر أن المراد بباب بيان أحكام ما به الإيقاع والوقوع لأن المراد المعنى المصدري الذي لا تحقق له خارجا **قوله** فالصريح قوله أنت طالق إلى آخره ظاهر الحال يفيد أن لا صريح سوى ذلك وليس كذلك فسيذكر التطليق بالمصدر ولفظ الكنز كأنت طالق ومطلقة وطلقتك أحسن لإشعار الكاف بعدم الحصر على هذا لا يصح ضبط الصريح بأنه ما ثبت حكمه الطلاق بصيغة التفعيل لا الأفعال إلا أن يقال الوقوع بالمصدر تناوله الطلاق **قوله** لأنها صريحة لأنها غلب استعمالها في معنى حقيقة أو مجازا صريح فإن لم يستعمل في غيره فأولى بالصراحة فلذا رتب الصراحة في هذه الألفاظ بقوله فكان صريحا على الاستعمال في معنى الطلاق

وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال

غير ان الاولى فى تعليل عدم افتقاره الى النية انه صريح فيه لغلبة الاستعمال تدافعا لان الموصوف بالغلبة هنا هو ما وصفه بعدم الاستعمال فى غيره
والغلبة فى مفهومها الاستعمال فى الغير قليلا للتقابل بين الغلبة والاختصاص وزاد الشافعية فى الصريح لفظى التسريح والفراق لورودهما
فى القرآن للطلاق كثيرا قلنا المعتبر تعارفهما فى العرف العام فى الطلاق لا استعمالهما شرعا مرادا هو بهما **قوله** وانه يعقب الرجعة ذكر للصريح حكمين كونه
يعقب الرجعة وعدم احتياجه الى نية اما الاول فمقيد بما اذا لم يعرض عارض تسمية مال او ذكر وصف على ما سيأتى وقد يقال الصريح هو المقتصر عليه
من ذلك فلا حاجة الى القيد واستدل عليه بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن بعد صريح طلاقهن المفاد بقوله والمطلقات يتربصن
فعلم ان الصريح يستعقبها للاجماع على ان المراد بالبعولة فى الآية الكريمة المطلقون صريحا حقيقة كان او مجازا غير متوقف على اثبات كون المطلق رجعيا
بعلا حقيقة فلا حاجة الى اثباته فى ذلك واما قولهم سماه بعلا فعلم ان الطلاق الرجعى لا يبطل الزوجية ثم ايراد ان حقيقة الرد يدل على زوال الملك
فلا يكون زوجا الا مجازا وجعله حقيقة يتوقف على التجوز بلفظ الرد ليس هو باولى من قلبه ثم الجواب عنه بمنع تصور كون الرد حقيقة بعد زوال الملك
بل يقال ايضا بعد انعقاد سبب زواله مطلقا متعلق الملك على معنى منع السبب من تأثير زوال الملك عنه كقولنا رد البائع المبيع فى البيع الذى
فيه خيار شرط للبائع فان معناه رد المبيع عن ان يخرج عن ملكه عند مضى المدة بفسخ السبب فى الحال وذلك لانه لم يخرج عن ملكه كما يقال متعلقا به
تأثير السبب كما فى رد المشترى المبيع بالعيب يعنى الى قديم الملك الزائل فانما يحتاج اليه لاثبات بحث آخر على ان كونه فى الاول حقيقة مما يمنعه الخصم ويدل
عليه ايضا قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان فانه اعقبه الرجعة التى هى المراد بالامساك وهو الانسب بقول المصنف وانه
يعقب الرجعة بالنص من ذلك لان الامساك استدامة القائم لا اعادة الزائل يدل على بقاء النكاح بعد الرجعى هو المطلوب لا آخر واما الثانى وهو كونه
لا يفتقر الى النية فنقل فيه اجماع الفقهاء الا داود ولانه لا يمنع ان يراد به الطلاق من غير قيد النكاح قلنا احتمال بعيد لا خطاره عند خطاب
المرأة به عن النفس فلا عبرة به فصار اللفظ بمنزلة المعين وحديث ابن عمر حيث امره بالمراجعة ولم يسأل انوى ام لا يدل على ذلك فان ترك الاستفصال فى
وقائع الاحوال كالعموم فى المقال ولا يخفى ان قرائن ارادة الايقاع قائمة فيما فعل ابن عمر من الاعتزال والترك لها حتى فهم ذلك منه ودلالة اطلاق
قوله تعالى الطلاق مرتان ونحوه على اعتبار عدم النية ابعد ثم قولنا لا يتوقف على النية معناه اذا لم ينو شيئا اصلا يقع لانه يقع وان نوى شيئا
آخر لما ذكرنا انه اذا نوى الطلاق عن وثاق صدق ديانة لا قضاء وكذا عن العمل فى رواية كما سيذكر ولا بد من القصد بالخطاب بلفظ الطلاق عالما
لمعناه او النسبة الى الغائبة كما يفيده فرع وهو ما لو كرر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول انت طالق ولا ينوى لا تطلق وفى متعلم يكتب ناقلا
من كتاب رجل قال ثم يقف ويكتب امراتى طالق وكلما كتب قرن الكتابة باللفظ بقصد الحكاية لا يقع عليه لو قال لقوم علمت قراء الفارسية فقولوا
لى فقال زن من ابسه طلاق فقالوه لم يحكم بالحرمة عليهم وكذا لو لم يعتقده وذكرا او اعتقده وشيئا آخر كذا النقل من فتاوى المنتقى وفى
الخلاصة لو لقنت المرأة زوجت نفسى من فلان بالعربية ولم تعرف معناه وقبلت بحضرة الشهود وهم يعلمون معناه او لا يعلمون صح النكاح كالطلاق
وقيل لا كالبيع يقتضى عدم الخلاف فى الوقوع فى مسئلة الذكر فيما فى الجنس الاول من مقدمة كتاب الطلاق طلاق الهازل طلاق الرجل الذى اراد
ان يتكلم فسبق لسانه بالطلاق يقع وفى النسفى فقال ابو حنيفة رح لا يجوز الغلط فى الطلاق وهو ما اذا اراد ان يقول اسقنى فسبق لسانه بالطلاق
ولو كان بالعتاق يدين وقال ابو يوسف لا يجوز الغلط فيهما وفى الخلاصة ايضا قالت لزوجها اقرأ على عدتى انت طالق ثلاثا ففعل طلقت ثلاثا فى القضاء لا فيما بينه

ولا اذا نوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين
في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء
ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو غير مقيد بالعمل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه
يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخلص ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء

وبين الله تعالى اذا لم يعلم الزوج ولم ينوه. هذا يوافق ما في المنصوري ويخالف مقتضى ما ذكره آنفا من مسألة التلقين بالعربية الذي لا يعلم
من الشرع ان لا يقع بلا قصد لفظ الطلاق عند الله وقوله فيمن سبق لسانه واقع اي في القضاء وقد يشير اليه قوله ولو كان بالعتاق يدين بخلاف
الهازل لانه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ وسنذكر في انت طالق اذا نوى به الطلاق من الوثاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى مع انه صريح في
الباب ثم لم يعارض ذلك قوله لا يحتاج الى النية لان المعنى لا يحتاج الى النية يعني للفظه بعد القصد الى اللفظ والحاصل انه اذا قصد السبب عالما بانه سبب
رتب الشرع حكمه عليه اراده او لم يرده الا ان اراد ما يحتمله واما انه اذا لم يقصده او لم يدر ما هو فيثبت الحكم عليه شرعا وهو غير راض بحكم
اللفظ ولا باللفظ فمما ينبو عنه قواعد الشرع وقد قال تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم وفسر بامرين ان يحلف على امر يظنه كما قال مع انه قصد
السبب عالما بحكمه فالغاه لغلطه في ظن المحلوف عليه والآخر ان يجري على لسانه بلا قصد الى اليمين كلا والله وبلى والله فرفع حكمه الدنيوي من الكفارة لعدم قصده
اليه فهذا تشريع لعباده ان لا يرتبوا الاحكام على الاشياء التي لم تقصد وكيف لا فرق بينه وبين النائم عند العليم الخبير من حيث لا قصد له الى اللفظ ولا حكمه وانما لا يصدقه
غير العليم وهو القاضي وفي الحاوي معزيا الى الجامع الاصغر ان اسدا سئل عمن اراد ان يقول زينب طالق فجرى على لسانه عمرة على ايهما يقع الطلاق فقال
في القضاء تطلق التي سماها وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما اما التي سماها فلانه لم يردها واما غيرها فلانها لو طلقت طلقت بمجرد النية
فهذا صريح واما ما روي عنهما نقيض من ان من اراد ان يتكلم فجرى على لسانه الطلاق يقع ديانة وقضاء فلا يعول عليه **قوله** لكن اذا نوى الابانة اي
بالصريح يقع رجعيا ويلغو نيته لانه قصد باللفظ تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة عند وجوده بقوله تعالى اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن
بمعروف او سرحوهن بمعروف والاجماع على ذلك فيرد عليه لانه اذا استعجل بالآخر الشرع رده كما رد الوارث بالقتل لاستعجاله فيه **قوله**
ولو نوى الطلاق اي بقوله انت طالق من وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر الا ان يكون مكرها ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله
ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لانه لا يحتمله لان الطلاق لرفع القيد وهي ليست مقيدة بالعمل فلا يكون
محتمل اللفظ وعن ابي حنيفة رحمه الله يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخلص فكانه قال انت متخلصة عن العمل ولو صرح فقال طالق من هذا العمل
صدق ديانة لا قضاء على الاول لانه يظن انه طالق ثم وصل لفظ العمل استدراكا بخلاف ما لو وصل لفظ الوثاق حيث يصدق قضاء لانه يستعمل فيه
قليلا وكل ما يدين القاضي اذا سمعته منه المرأة او شهد به عندها عدل لا يسعها ان تدينه لانها كالقاضي لا تعرف منه الا الظاهر **قوله**
ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها اي لفظة مطلقة غير مستعملة فيه اي في الطلاق بالمعنى الشرعي عرفا بل في
الانطلاق عن القيد الحسي فلم يكن صريحا فيه فيتوقف على النية **فروع** لو قال لها يا مطلقة بالتشديد او يا طالق وقع ولو قال اردت الشتم لم
يصدق لان هذا استحضار بالوصف الذي تضمنه اللفظ اذا كان يمكنه اثباته بذلك اللفظ بخلاف يا ابني لبنت ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال اردت
ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء في رواية ابي سليمان عن محمد وهو حسن ينبني على قياس ما في العتق لو قال يا حر وقد كان اسمه فلان لا يعتق
وقد روى وكيع عن ابن ابي ليلى عن الحكم بن عتيبة عن خيثمة بن عبد الرحمن ان امرأة قالت لزوجها سمني فسماها الظبية فقالت ما قلت شيئا قال
فهاتي ما اسميك قالت سمني خلية طالق قال انت خلية طالق فاتت عمر رضي الله عنه فقالت ان زوجي طلقني فجاء زوجها فقص عليه القصة فاوجع عمر راسها وقال لزوجها خذ بيدها واوجع رأسها
ولو قال طلقتك من هو كاذب كان طلاقا في القضاء ولو قال انه طالق ولم يسمها ولم ينسبها الى ابيها وامها او اختها او ولدها وامرأته بنت

لا يكون طلاقا إلا بالنية لأنها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا

فقال عنيت أخرى جنبية لا يصدق في القضاء بخلاف الإقرار لفلان بن فلان فادعى من ذلك اسمه ونسبه لا يلزمه إلا إعطاؤه ويحلف ماله عليه هذا المال إلا أمر فلان
بن فلان ولو قال هذه المرأة التي صحبت امرأتي وصدقته في ذلك وقع الطلاق عليها لم يصدق في إبطال الطلاق عن المعروفة إلا أن يشهد الشهود على نكاحها
قبل أن يتكلم بالطلاق أو على إقراره به قبل ذلك وتصدقه المرأة المعروفة كذا في الكافي للحاكم ولو قال لامرأتي فلانة بنت فلان طالق وسماها بغير اسمها لا تطلق
امرأته إلا بالنية وعلى هذا لو حلف لدائنه فقال إن خرجت من البلدة قبل أن أقضيك فامرأتي عائشة طالق وسمى امرأته غير اسمها لا تطلق إذا خرج قبله ولو
قال لإحدى نسائه يا زينب فأجابته زوجته عمرة فقال أنت طالق طلقت المجيبة ولو قال عنيت زينب طلقتا هذه بالإشارة وتلك بالإقرار هذا في القضاء أما
فيما بينه وبين الله تعالى فإنما يقع على التي قصد كما ذكر في البدائع ولو قال أنت زينب فقالت عمرة نعم فقال إذن أنت طالق لا تطلق ولو قال عليك الطلاق
أو لك اعتبرت النية ولو قال فعلي أما طالق لا تطلق حتى يقول لها ولو كان له امرأتان اسمهما واحد ونكاح إحداهما فاسد فقال فلانة طالق ثم قال عنيت
التي نكاحها فاسد لا يصدق في القضاء وكذا لو قال إحداكما أو إحدى امرأتي طالق ويقع بالتهجي كأنت ط ا ل ق وكذا لو قيل له طلقتها فقال ن ع م
أو نوى صح بقيد النية في البدائع ولا يقع بأطلقك إلا إذا غلب في الحال ولو قالت أنا طالق فقال نعم طلقت ولو قال في جواب طلقني لا تطلق وإن
نوى ولو قيل له ألست طلقتها فقال بلى طلقت وبنعم لا تطلق والذي ينبغي عدم الفرق فإن أهل العرف لا يفرقون بل يفهمون منهما إيجاب المنفي ولو قال
عندي طلاقك فقالت اختلف في اشتراط النية وصحح الوقوع بلا اشتراطها ويقع بطلقتك في النوازل مرة ثم أعاد وشرط النية وهو الحق
وأما المصحف فخمسة ألفاظ تلاق وتلاغ وطلاغ وطلاك وتلاك ويقع به في القضاء ولا يصدق إلا إذا أشهد على ذلك قبل التكلم بأن قال امرأتي تطلب
مني الطلاق وأنا لا أطلق فأقول هذا أو يصدق ديانة وكان ابن الفضل يفرق أولا بين العالم والجاهل وهو قول الحلواني ثم رجع إلى هذا وعليه الفتوى
ولو قال نساء أهل الدنيا أو نساء الري طوالق وهو من أهل الري لا تطلق امرأته إلا أن ينوي رواه هشام عن أبي يوسف رح وعليه الفتوى وعن محمد روايتان
ولا فرق بين ذكر لفظ جميع وعدمه في الأصح وفي نساء أهل السكة أو الدار وهو من أهلها ونساء هذا البيت وهي فيه تطلق ونساء أهل القرية منهم من ألحقها
بالدار ومنهم من ألحقها بالمصر ولو قال طلاقك علي يقع ولو زاد فرض أو واجب أو لازم أو ثابت قيل تطلق رجعية نوى أو لا وقيل لا يقع وإن نوى
وقيل في قول أبي حنيفة رح يقع وفي قولهما لا يقع في واجب ويقع في لازم وقيل في قول أبي يوسف ويرجع في ذلك كله إلى النية وقيل يقع في واجب
لتعارفه وفي الثلاثة لا يقع وإن نوى لعدم التعارف في الفتاوى الكبرى للحاصلي المختار أنه يقع في الكل لأن الطلاق لا يكون واجبا أو ثابتا بل حكمه لا يثبت
إلا بعد الوقوع وفرق بينه وبين العتاق وهذا يفيد أن ثبوته قضاء ولا يتوقف على النية إلا أن يظهر فيه عرف فاش فيصير صريحا فلا يصدق قضاء في صرفه عنه وفيما
بينه وبين الله تعالى إن قصده وقع وإلا فلا وقد يقال إن هذا الأمر على واجب بمعنى ينبغي أن أفعله لا أني فعلته فكأنه قال ينبغي أن أطلقك وقد تعورف في عرفنا
في حلف الطلاق يلزمني لا أفعل كذا يريد إن فعلته لزم الطلاق ووقع فيجب أن يجري عليهم لأنه صار بمنزلة قوله إن فعلت فأنت طالق وكذا تعارف أهل
الأرياف الحلف بقوله علي الطلاق لا أفعل ولو قال طال بلا قاف يقع قيل لأنه ترخيم وهو غلط إذ الترخيم إنما يكون في النداء وفي غيره إنما يقع اضطرارا في الشعر
ولو قال بت شبلانت وفيه ثلاث إن نوى طلق نوى ما يحتمله لفظه ولو قال لم أرد لا يصدق إذا كان في حال مذاكرة الطلاق لأنه لا يحتمل الرد والأصح
بمثله بالفارسية تو بسه على ما هو المختار للفتوى خلافا للصفار ولو قال أنت أطلق من فلانة وفلانة مطلقة أو غير مطلقة فإن عنى به الطلاق وقع وإلا
فلا إلا أن نوى ما يحتمله لفظه والمعنى عند عدم كونها مطلقة لأجل فلانة لأن أفعل التفضيل ليس صريحا وهذا بخلاف ما إذا قالت له مثلا فلان طلق زوجته

قال ويقع بها واحدة وإن نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم
ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا على التمييز ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده
وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلثا كقولك اعطيته جزيلا اى عطاء جزيلا

ولو قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا فان لم تكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهى واحدة رجعية وان نوى ...

مدلولها كذلك ولا يقع بها ان لم ينو وكذا لو قال انت اثنى من فلانة لانه ليس صريحا في القذف وعن محمد فيمن قال لامرأته كونى طالقا او اطلقى قال
ان قوله كونى ليس امرا حقيقة لعدم تصور كونها طالقا منها بل عبارة عن اثبات كونها طالقا كقوله تعالى كن فيكون ليس امرا بل كناية عن التكوين كذا
فالعادة تقتضى ايقاعا قبل فيتضمن ايقاعا سابقا وكذا قوله اطلقى ومثله لانه كونى حرة **قوله** ولا يقع به اى بالصريح المقيد بالفاظه المتقدمة الا
طالق ومطلقة وطلقتك الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك لا الصريح مطلقا لان منه المصدر وبه يقع الثلث بالنية وقال الشافعي يقع ما نوى
وهو قول الائمة الثلثة وزفر وقول ابى حنيفة الاول ثم رجع عنه وجه قول الجمهور انه نوى محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لان اسم الفاعل
جزء مفهومه المصدر وهو محتمل للثلث ولهذا اى ولان ذكره ذكر الطلاق المحتمل للقليل والكثير صح قران العدد به تفسيرا حتى ينتصب على التمييز
وحاصل التمييز ليس الا تعيين احد محتملات اللفظ ويدل عليه حديث ركانة انه اتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال طلقت امرأتى البتة قال صلى الله عليه وسلم ما
اردت قال واحدة فقال الله ما اردت الا واحدة فردها النبى صلى الله عليه وسلم عليه ولنا ايضا انه صح نية الثلث فى قوله انت بائن وهو كناية فى الصريح اولى
قوله ولنا انه نعت فرد قيل غير مستقيم لان الكلام ليس فى المرأة الموصوفة انها تحتمل العدد بل فى نعتها وظاهر كلامه من قوله حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث
طوالق بل نفى المعنى المصدرى الذى تضمنه وحدته لا تمنع احتمال العدد بجنسيته وتحرير التقرير ان انت طالق اذا اريد من قبل النكاح كان مناولته
بالطلاق ما من قبيل النكاح وهى مقيدة به فصدقه متوقف على التطليق والمتيقن ان الشارع اعتبره مطلقا عند هذا الكلام فاما ان يكون انشاء او
اخبارا ولا تجاوز الواحدة اذ الضرورة تندفع بها والمقتضى لا عموم له لذلك نقله من الاخبار الى الانشاء وهو خلاف الاصل لا يصار اليه الا بموجب نقل هو جعله
موقعا لا يستلزم نقلا لان بلبانه اقتضاء يحصل المقصود وتعين من بالقطع تخلف اللغبار لازم الاخبار اذ لا يفهم من انت طالق قط احتمال الصدق والكذب فلزم تحقق العلم
بنوع قبيل اخبار من وجه انشاء من وجه بل هو انشاء من كل وجه لما قلنا ويمكن ان يقال بعد تسليم المعلوم من الشرع جعله موقعا واحدة فعلم انه انما نقله الى الانشاء لايقاع الواحدة فجوابنا
انما الاستعمال بخبر المنقول ليس الا ان ينقل ان الشارع نقله لما هو اعم وهو ليس فلا يراد به ملاحظة ما يصح ان يراد بالمصدر كما ذكرتم انما يتفرع عن ارادة
اللغوى ونقله الى الانشاء بيانه انه يجعل اللفظ علة لدخول المعنى الخاص فى الوجود لا يخالف لمقتضاه لغة على ان المصدر الذى هو ل عليه اللفظ
الطلاق الذى هو وصفها وذلك لا تعدد له اصلا بل يختلف بالكيفية ومن البينونة والرجعة شرعا واما الا فى الكمية فتحقق كلامهم بناء فى البحث عن الله
بعث الشارع حيث قال لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وبهذا يظهر عدم صحة ارادة الثلث فى
لانه صار انشاء فى الواحدة غير ملاحظ فيه معنى اللغة وعلى هذا فالعدد نحو ثلثا لا يكون الا صفة لمصدر الوصف بل لمصدر غيره اى طلاقا اى تطليقا
ثلثا كما ينصب فى الفعل مصدر غيره ومثل انبتكم من الارض نباتا او يضمر له فعل على ما عرف فيه بخلاف طلقها او طلقى نفسك لان المصدر المحتمل للكل
لغة فيصح ارادته منه لان النقل فيه الى ايقاع واحدة هذا ونقض بطالق طلاقا فانه يصح ارادة الثلث على ارادة ما المنتصب هو المصدر الطلاق
المصدر قد يراد به التطليق كالسلام بمعنى التسليم والبلاغ بمعنى التبليغ فصح ان يراد به الثلث على ارادة التطليق به معمولا للفعل محذوف فقد
طالق لانى طلقتك تطليقا فلما بقى انه يراد ارادة الثلث بانت الطلاق وهو صفة المرأة والجواب انه اذا نوى الثلث كان المعنى انت وقع
عليك التطليق فيصح فيه الثلث ونوقض بانه لم لا يجوز فى طالق عند ارادة الثلث ان يراد انت ذات وقع عليك التطليق فجاز فى المصدر وقد رد
بانه لو اريد بالمصدر الذى فى ضمن طالق ذلك كان يراد باسم الفاعل اسم المفعول وهو منتف فان قلت ظاهر ما ذكرته لو صح ان يراد اسم المفعول

ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة اولى واما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اى عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت الطلاق يقع الطلاق به ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلث لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر هو يقول ان الثنتين بعض الثلث فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية اما الثنتان فى حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد مراعى فى الفاظ الوحدان وذلك بالفردية والجنسية والمثنى بمعزل منهما

صحت ارادة الثلاث والغرض ان صريح اسم المفعول كانت حقيقته لا تقبل نية الثلاث فكيف بما اريد هو به والجواب ان الذى يقبله هو اسم المفعول المنقول للانشاء على ما قررنا الجواب به والذى يراد بطالق ليس للانشاء وقائل به يدل على انه لا يراد بطالق الثلاث حديث ابن عمر رضى الله عنهما فى الصحيحين انه طلق امرأته فى الحيض فلم يستفسره النبى صلى الله عليه وسلم ولو كان مما تصح ارادة الثلاث به لاستفسره ويدل على الملازمة حديث ركانة بن عبد يزيد فى سنن ابى داود انه طلق امرأته سهيمة البتة فقال صلى الله عليه وسلم والله ما اردت الا واحدة فقال والله ما اردت الا واحدة الحديث فظهر انه لما كان المحتمل حتى استفسر عنه وثبت لنا مطلوب آخر وهو ان الكنايات عوامل بحقائقها لا انها يراد بها الطلاق الا كان غير محتمل فلم يستفسره كما لم يستفسر ابن عمر ولكونها عوامل بحقائقها احتملت فتسلسل انها احتملت حقائقها اعنى معنى البينونة التى تقيدها البتة مثلا كلا من نوعيها الغليظة المرتبة على الثلاث والخفيفة المرتبة على ما دونها فيصح ان يراد كل من النوعين غير انه اذا لم يكن له نية ثبت الاخف للتيقن **قوله** ووقوع الطلاق باللفظة الثانية يعنى طالق الطلاق والثالثة يعنى طالق طلاقا وما فى الكتاب ظاهر غير ان وقوع الثلاث بطالق طلاقا ان لم يكن بالمصدر وهو طالق فى حق الايقاع كما اذا ذكر معه العدد فان الواقع هو المصدر الا انه يشكل فانه يقع به واحدة ويقع بالمصدر ثنتان اخريان لما عرف وهذا يقوى ما روى عن ابى حنيفة رحمه الله انه لا يقع به الا واحدة وان نوى ثلاثا ويجب كون طالق الطلاق مثله على هذه الرواية اذ لم يذكر الآخر المنكر **قوله** اما وقوعه باللفظة الاولى هى الطلاق فان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اى عادل فصار كقوله انت طالق ويرد انه اذا اريد به طالق يلزم ان لا تصح فيه نية الثلاث وسنذكر جوابه **قوله** ولا يحتاج فيه الى النية اى فى انت الطلاق لانه صريح فى غلبة الاستعمال والمنقول عن الشافعية ان التطليق بالمصدر بالكناية لانه لم يغلب استعماله فيه قول المصنف لغلبة الاستعمال لا يفيد لان الذى غلب استعماله هو الوصف لا المصدر قلنا المراد ان المصدر حيث استعمل كان ارادة طالق به هو الغالب فيكون صريحا فى طالق الصريح فيثبت له حكم طالق لا يقال فيلزم فى سائر الكنايات انها صرائح لانا نمنع انها مستعملة فى الطلاق بل مع معانيها الحقيقية على ما تحقق ولذا اوقعنا بها البائن فان قيل فكيف يقع الثلاث بنيته وهو به طالق قلنا لانه كما انه صريح فى طالق يحتمل ان يراد على حذف مضاف اى ذات طلاق ومعنى الثلاث تصح ارادة الثلاث ولما كان محتملا توقف على النية وهذا اوجه مما سنذكره ان شاء الله تعالى او مما قيل انه وان اريد به طالق لم يخرج عن كونه مصدرا فيصح ارادة الثلاث به لان الارادة باللفظ ليست الا باعتبار معناه لا ذاته التى هى هواء مكيف فاذا فرض ان معناه الذى يراد به ليس الا ما لا يصح ارادة الثلاث منه فكيف يراد به ذلك الذى لا يصح ويمكن ان يراد بما عين الطلاق ومعه تقع معه الايقاع ارادة الثلاث غاية قول المصنف فانما هى تقابل ما ذكره يعنى الثابتة لا على ان المراد مقابلة مرة كما ذكره وكيف لفوات المعنى المقصود من المبالغة وهذا بخلاف نية الثنتين بالمصدر لا يصح خلافا لزفر الا ان تكون المرأة امة لما ان المصدر يحتمل القليل والكثير فالثنتان كالثلاث قلنا نية الثلاث لم تصح باعتبار انه كثرة بل باعتبار انها فرد من حيث انه تمام جنس واحد بخلاف الثنتين فى الحرة لانه عدد محض والفاظ الوحدان لا تحتمل العدد المحض بل يراعى فيها التوحيد وهو بالفردية الحقيقية او الجنسية والمثنى بمعزل عنهما وقد ذكر الطحاوى انه لا يقع بالمصدر المجرد عن اللام الا واحدة وبما المحلى فيقع به الثلاث قال الجصاص هذا على ما يعرف لنا وجه الا على الرواية التى رويت عن ابى حنيفة رحمه الله فى انت طالق طلاقا ان تكون واحدة وان نوى ثلاثا لان المصدر ذكر للتاكيد المجاز الا الايقاع اما على الرواية المشهورة فلا فرق بين طلاق والطلاق وفى المغنى لابن هشام نقلا عن بعض التواريخ ان الرشيد كتب الى ابى يوسف ما قول القاضى الامام فيمن قال للمرأة

فان ترفقى يا هند فالرفق ايمن ... وان تخرقى يا هند فالخرق اشأم
فانت طلاق والطلاق عزيمة ... ثلاث ومن يخرق اعق واظلم

ـ طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق لان كل واحد منهما صالح
ـه قال انت طالق وطالق فيقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها واذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به
ـع الطلاق لانه اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المرأة او يقول رقبتك طالق
ـك او رأسك طالق او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او وجهك لانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر
ـال الله تعالى فتحرير رقبة وقال فظلت اعناقهم وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان

ـك وهذه مسألة نحوية فقهية لا آمن الغلط فيها فأتى الكسائي فسأله فأجاب عنها بما سنذكره وهو بعيد كونه غلطا بعيد عن سعة مقام الاجتهاد
ـعرفة العربية واساليبها لان الاجتهاد يقع في الادلة السمعية العربية والذي نقله اهل الثبت من هذه المسألة عمن قرأ الفتوى حين
ـباوان المرسل بها الكسائي الى محمد بن الحسن ولا دخل لابي يوسف رحمه الله واصلا والرشيد القائم الى يوسف واجل من ان يحتاج في مثل
ـامامته واجتهاده وبراعته في التصرفات من مقتضيات الالفاظ ففي المبسوط ذكر ابن سماعة ان الكسائي بعث الى محمد رحمه الله بفتوى فدفعها
ـفقال ما قول قاضي القضاة الامام فيمن قال لامرأته فان ترفقي يا هند فالرفق ايمن وان تخرقي يا هند فالخرق اشأم فانت طلاق والطلاق عزيمة
ـاعق الظلم فماذا يقع عليه فكتب في جوابه ان قال ثلث مرفوعا يقع واحدة وان قال ثلثا منصوبا يقع ثلث لانه اذا ذكره مرفوعا كان ابتداء
ـنت طلاق فيقع واحدة واذا قال ثلثا منصوبا على معنى البدل او التفسير فيقع به ثلث كانه قال انت طالق ثلثا والطلاق عزيمة لان
ـما يقع فاستحسن الكسائي جوابه ثم قال الشيخ جمال الدين بن هشام بعد الجواب المذكور الصواب ان كلا من الرفع والنصب يحتمل وقوع
ـرة اما الرفع فلان ال في الطلاق اما لمجاز الجنس نحو زيد الرجل اي المعتد به واما للعهد الذكري اي وهذا الطلاق المذكور عزيمة
ـالجنس الحقيقي لئلا يلزم الاخبار بالخاص عن العام وهو ممتنع اذ ليس كل طلاق عزيمة ثلث فعلى العهدية يقع الثلث وعلى الجنسية
ـسب فيحتمل كونه على المفعول المطلق فيقع الثلث اذ المعنى فانت طالق ثلثا ثم اعترض بينهما بالجملة وكونه حالا من الضمير في عزيمة
ـالثلث لان المعنى والطلاق عزيمة اذا كان ثلثا فانما يقع ما نواه وهذا ما يقتضيه اللفظ واما الذي اراده الشاعر فالثلث لانه قال بعده
ـنت غير رفيقة وما لامرئ بعد الثلث مقدم انتهى ويخرق بضم الراء مضارع اخرق بكسرها والخرق بالضم الاسم وهو ضد الرفق ولا يخفى
ـنصب كونه على المفعول المطلق نيابة عن المصدر لقلة الفائدة في ارادة ان الطلاق عزيمة اذا كان ثلثا واما الرفع فلا امتناع الجنس
ـي ان يراد مجاز الجنس فيقع واحدة او العهد الذكري وهو اظهر الاحتمالين فيقع الثلث ولهذا ظهر من الشاعر انه اراده كما افاده البيت
ـبعده وبناء على ما هو الظاهر كما يجب في مثله من حمل اللفظ على الظاهر وعدم الالتفات الى الاحتمال **قوله** لو قال انت طالق الطلاق وقال اردت
ـاحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق تقدم انه اذا قال انت طالق طلاقا او الطلاق ثنتين لا يصح فافاد هنا انه لو اراد بهما التوزيع صح ووجهه
ـما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فيقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها وهذا منقول عن ابي يوسف والفقيه ابي جعفر وشمس
ـى طالقا انت وطلاقا مصدر فلا يقع الا واحدة وكذا في انت طالق الطلاق ويؤيده ان طلاقا انتصب ولا يرفع بعد صلاحية اللفظ للتعدد
ـبالابتداء لزوم صحة الاعراب في الايقاع من العالم والجاهل وظهر ان الاولى في التشبيه ان يقال فصار كقوله انت طالق
ـان صح الآخر من جهة المعنى **قوله** وان اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع ومثل المضاف الى الجملة بقوله
ـالمضاف الى ما يعبر به عن الجملة برقبتك طالق ولا يخفى ان الاضافة فيهما معا الى ما يعبر به عن الجملة من لفظ انت ورقبتك
ـالجملة اما بالوضع او بالتجوز وقوله لان التاء ضمير المرأة هو احد الاقوال في انت انه برمته ضمير او التاء فان عماد والتاء حرف وقيل
ـد **قوله** او يقول رقبتك طالق او عنقك او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او راسك او وجهك هذه امثلة ما يعبر به عن كل الانسان
ـفيها واما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الفروج على السروج فغريب جدا وابدى الشيخ علاء الدين حديثا مستشهدا بما اخرجه ابن عدي

رأس القوم ووجه العرب وهلك رأسه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك
ان طلق جزءاً شائعاً منها مثل ان يقول نصفك او ثلثك طالق لان الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلاً للطلاق
الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف
في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلاً لحكم النكاح فيكون محلاً للطلاق
فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة
في سائر اجزائها تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها او ظفرها
وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح اضافة النكاح اليه
بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلاً للطلاق

في الكامل عن ابن عباس رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذوات الفروج ان يركبن السروج وضعفه وانما لفظ ذات الفرج من كون لفظ الفرج يطلق على المرأة اطلاقا للبعض على الكل **قوله** رأس القوم اي كبيرهم ويا وجه العرب يعني يا وجيههم وبه يندفع ما اورد ان الاستدلال به فاسد لان معناه ان القوم كالجسد وفلان الرأس منه لا ان فلانا يعبر به عن القوم كلهم وكذا ما قيل معنى يا وجه العرب انك في العرب بمنزلة الوجه لا انه عبر به عن جملة العرب بالوجه وما ذاهم به ولا يتم استدلاله به على ان الوجه يعبر به عن الجملة الا اذا كان المراد من قولهم يا وجه العرب يا ايها العرب انتهى ومبنى كلامه على ان التركيب استعارة بالكناية شبهت العرب بالجسم الواحد لتحامل بعضهم على بعض وتألم بعضهم بتألم البعض فاثبت له الوجه ولا يخفى انه ليس بلازم لجواز كونه مجازا استعارة تحقيقية شبه الرجل بالرأس لشرفه على سائر الاعضاء لكونه مجمع الحواس وبالوجه لظهوره وشهرته فاطلق عليه رأس القوم ووجههم اي اشرفهم وقوله تعالى كل شيء هالك الا وجهه ويبقى وجه ربك اي ذاته الكريمة واعتق رأسا ورأسين من الرقيق وانا بخير ما دام رأسك سالما يقال مراداً به الذات ايضا **قوله** ومن هذا القبيل الدم يعني في رواية يطلق ويراد به الكل وهي رواية كتاب الكفالة قال لو كفل بدمه يصح ورواية كتاب العتق لا يصح فانه قال اذا قال دمك حر لا يعتق وفي الخلاصة صحح عدم الوقوع **قوله** وكذلك ان طلق جزءا شائعا يعني يقع عليها كنصفها وسدسها لان الشائع محل التصرفات كالبيع وغيره كالاجارة **قوله** ولو قال يدك طالق او رجلك هذا يقابل معنى الاول اي الجزء المعين الذي يعبر به عن الجملة كرقبتك فانه جزء معين لا يعبر به عن الجملة ومنه الاصبع والدبر لا يقع الطلاق باضافته اليه خلافا لزفر والشافعي ومالك واحمد ولا خلاف ان بالاضافة الى الشعر والظفر والسن والريق والعرق والحمل لا يقع والعتاق والظهار والايلاء وكل سبب من اسباب الحرمة على هذا الخلاف فلو ظاهر او آلى او اعتق اصبعها لا يصح عندنا ويصح عندهم وكذا العفو عن القصاص وما كان من اسباب الحل كالنكاح لا تصح اضافته الى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الكل بلا خلاف **قوله** لهما حاصله قياس مركب نتيجة الاول انه اي الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل لحكم النكاح فتجعل صغرى ويضم اليها وما كان محلا لحكم النكاح يكون محلا للطلاق ينتج الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل للطلاق وبالقياس الفقهي جزء هو محل لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق كالجزء الشائع وهذا على قول طائفة من الشافعية فانهم اختلفوا في كيفية وقوعه بالاضافة الى الجزء المعين فقيل يقع عليه ثم يسري كما في العتق قال الغزالي هو ظاهر المذهب في العتق لا في الطلاق وقيل يجعل الجزء معبرا به عن الكل فيقع باللفظ قالوا وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو قال ان دخلت الدار فيمينك طالق فقطعت ثم دخلت ان قلنا بالسراية لا يقع وان قلنا بالعبارة عن الكل يقع **قوله** ولنا حاصله منع محليته للطلاق بمنع عليه كونه محلا للطلاق بل محله ما فيه قيد النكاح والقيد وهو منعها من الفعل مع الغير وامرها بعد الى تسليمها نفسها وهذا كان تخصيصها به هو حكم النكاح اولا ثم يثبت الحل بشاله حكما لهذا الحكم والطلاق ينبو عن رفع القيد فيكون بمنعه من رفع ذلك ويرتفع الحل بتعارفه كما ثبت تبعا لثبوته وهذا القيد المعنوي ليس في اليد ولا في غيرها من اجزاء الهوية لان المنع خطاب لا هو يتعلق بالاجزاء الخارجية بل بمسمى العاقل المكلف ولهذا اجاز الكلام وان لم يكن فيها يدوحل الاستمتاع بالاجزاء المعينة تبع في ذلك بخلاف الجزء الشائع اذ لا وجود للمسمى بدونه فكان محلا للنكاح فكذا الطلاق ووقوعه بالاضافة الى الرأس باعتبار كونه معبرا به عن الكل لا باعتبار نفسه مقتصرا ولذا نقول لو قال الزوج عنيت الرأس مقتصرا قال الحلواني لا يبعد ان يقال لا يقع لكن ينبغي ان يكون ذلك فيما بينه وبين الله تعالى اما في القضاء اذا كان التعبير به عن الكل عرفا مشتهرا لا يصدق ولو قال عنيت باليد صاحبتها لما اراد عرفا

فلا يتعلق

بمشيئة

مثله في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن وان طلقها نصف تطليقة او ثلث تطليقة كانت
[ك]انت تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا ولو قال لها انت
[طا]لق ثلاثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلاثة انصاف تكون ثلاث تطليقات ضرورة ولو قال
[انت] طالق ثلاثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلثا

[ف]ي قوله ذلك بما قدمت يداك اي قدمت وقوله صلى الله عليه وسلم في قوله على اليد ما اخذت حتى ترده وتعارف قوم التعبير بهما عن الكل وقع
[الطلاق في ... ف]ائدة ايضا ان الطلاق مبني على العرف كذا لو طلق النبطي بالفارسية يقع ولو تكلم به العربي ولا يدريه لا يقع ولا مناقشة في هذا
[الاطـ]لاق فان ان ذلك تعالى يكون محلا لاضافة الطلاق اليه على حقيقته دون صيرورته عبارة عن الكل واما على مجازه في الكل لا اشكال انه
[ا]ذا كان او رجلا ايد كونه مستقيما لانه اعتبر **قوله** واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن كل البدن ولذا لو قال
[ظهرك] علي او بطنك كظهر امي لا يكون مظاهرا وقوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى الظهر مقحم فيه الو كان فيهما عرف في ارادة الكل بها
[ينبغي ا]ن يقع ولذا لا يقع بالاضافة الى البضع وما في بعض النسخ لو قال بضعك طالق يقع قال شمس الائمة الحلواني تصحيف انما هو بضعك او
[ورد في ا]لملاحة اسكت فالت كفرجك طالق بخلاف البدن قال شارح عندي فيه نظر لان الاست يعبر الدبر وليس بذاك لان البضع بمعنى الفرج
[لا] يقع في الفرج دون البضع يحوز تعارف احدهما في الكل دون الاخر والاوجه ان محل النظر كونه كفرجك طالق لما ذكرنا ان
تعارف التعبير به عن الكل وكون الفرج عبر به عن الكل لا يلزم كون الاست كذلك هذا لان حقيقة الكلام ان يقال يقع بالاضافة
[الى] جزء يعبر به عن الكل فان نفس الجزء لا يتصور التعبير به وقد يقال على المصنف ان كان المعتبر في كون اللفظ يعبر به عن الكل شهرته
[فينبغي] ان لا يقع بالاضافة الى الفرج او ذوقوع استعماله من بعض اهل اللسان فيجب ان لا يذكر الخلاف في اليد لما ثبت من استعمالها في الكل في
[ا]لحديث على ما ذكرناه وايضا ظاهر الكلام ان المضاف الى الجزء الشائع والمعبر به عن الكل صريح اذا لم يشترط في الوقوع به النية
[صر]احة بغلبة الاستعمال ومعلوم انتفاء الطلاق كذلك **قوله** وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها كانت تطليقة وكذا الجواب في كل جزء
كالثمن او قال جزء من الف جزء من تطليقة وقال نفاة القياس لا يقع به لان بعض الشيء غيره والمشروع الطلاق لا غيره ولا يخفى
[ا]ن الغير هو الليس اياه والا فالبعض عند المتكلمين ليس نفسا ولا غيرا والجواب ان الشرع ناظر الى صون كلام العاقل وتصرفه ما امكن ولذا اعتبر
من بعض القصاص عفوا عنه فلما لم يكن المذكور جزءا كان كذكر كله تصحيحا كالعفو **قوله** ولو قال لها انت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين
[فهي ط]الق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلاثة انصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة وقيل ينبغي ان لا تقع الثالثة لان
[جمي]عها كان ثلاثة انصاف تطليقتين يحتمل ما ذكر ويحتمل كونها طلقة ونصفا لان التطليقتين اذا انتصفا صار اربعة انصاف فثلاثة منها
[طلقة] ونصف فيكمل طلقتين وهذا غلط من اشتباه قولنا نصفا طلقتين بنصفي كل من طلقتين والثاني هو الموجب لاربعة الانصاف
[والاحـ]تمال في ثلاثة انصاف تطليقتين حينئذ يثبت في النية لا في القضاء لان الظاهر هو ان نصف التطليقتين تطليقة لا نصفا تطليقتين
قوله ولو قال انت طالق ثلاثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل وهذا هو المنقول عن محمد في الجامع ا[لصغير]
وذهب الناطفي والعتابي وعرف مثاله لو قال نصفي تطليقتين يقع واحدة وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير
ثلثا كالجمع اختصار المتعاطفات فكانه قال نصف تطليقة ونصف تطليقة ونصف تطليقة لو قيل ان المعنى نصف تطليقة معه
مثله بالضرورة اذ ليس للشيء الا نصفان فيقع ثنتان الجواب ان نصفا ونصفا اجزاء طلقة واحدة كقوله نصف طلقة وسدسها وثلثها حيث
[يقع واحدة ل]لاتحاد مرجع الضمير بخلاف نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة حيث يقع ثلث لان النكرة اذا اعيدت نكرة فالثانية غير الاولى فاوقع عن كل

ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو ما بين واحدة إلى ثنتين فهي واحدة وإن قال من واحدة إلى ثلث أو ما بين واحدة إلى ثلث فهي ثنتان وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا في الأولى هي ثنتان وفي الثانية ثلث وقال زفر رحمه الله في الأولى لا يقع شيء وفي الثانية تقع واحدة وهو القياس لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط

تطليقة جزء ولو زاد جزء الواحدة مثل نصف طلقة وثلثها وربعها وقعت ثنتان للزوم كون الجزء الأخير من أخرى وعلى هذا لو قال يقع ثلث إذا قال نصف طلقة وثلثها وسدسها أنها لم يجاوز إلا أن الأصح في اتحاد المرجع وإن زادت أجزاء واحدة أن تقع واحدة لأنه أضاف الأجزاء إلى واحدة نص عليه في المبسوط والأول هو المختار عند جماعة من المشائخ ولو قال لأربع نسوة له بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة وكذا إذا قال بينكن تطليقتان أو ثلث أو أربع إلا إذا نوى أن كل تطليقة بينهن جميعا فيقع في التطليقتين على كل منهن تطليقتان وفي الثلاث ثلاث ولو قال بينكن خمس تطليقات لأنه طلقت كل تطليقتين وكذا ما زاد إلى ثمان فإن زاد على ثمان فقال تسع طلقت كل ثلثا ولا يخفى الوجه وكذا لو قال أشركتكن في ثلث تطليقات فالغلط بين ولفظ الاشتراك سواء بخلاف ما لو طلق امرأتين له كل واحدة واحدة ثم قال للثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان لأنه شركها في كل تطليقة وفي آخر باب الطلاق من المبسوط لو قال لامرأته أنت طالق ثلثا ثم قال للأخرى أشركتك فلانة معها في الطلاق وقع على الأخرى ثلث بخلاف ما تقدم لأن هناك لم يسبق وقوع شيء فينقسم الثلث بينهن نصفين قسمة واحدة وهنا قد أوقع الثلث على الأولى فلا يمكنه أن يرفع شيئا مما أوقع عليها باشتراك الثانية وإنما يمكنه أن يسوي الثانية بها بإيقاع الثلث عليها ولأنه لما أوقع الثلث على الأولى فكلامه في حق الثانية اشتراك في كل واحدة من الثلث فكأنه قال بينكما ثلث تطليقات وهو يوجب أن كل تطليقة بينهما ربعه وروا ستثناء فيمن قال لزوجته أنت طالق ثلثا وقال للأخرى أشركتك فيما أوقعت عليها والثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما فبعد أن كتبنا تطلق الثالث ثلاثا قلنا إن وقوعهن على الثالثة باعتبار أنه أشركها في ست وفي المبسوط أيضا لو قال لامرأتين أنتما طالقان ثلثا ينوي أن الثلث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل منهما ثنتين لأنه من محتملات لفظه لكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء فتطلق كل ثلثا وكذا لو قال لأربع أنتن طوالق ثلثا ينوي أن الثلث بينهن فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة وفي القضاء تطلق كل ثلثا **قوله** أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو ما بين واحدة إلى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة إلى ثلث أو ما بين واحدة إلى ثلث فهي ثنتان وهذا التفصيل عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا في الأولى وهي قوله من واحدة إلى ثنتين وما بين واحدة إلى ثنتين تقع ثنتان وفي الثانية وهي قوله من واحدة إلى ثلث وما بين واحدة إلى ثلث يقع ثلث وقال زفر رحمه الله في الأولى لا يقع شيء وفي الثانية يقع واحدة وتسمية الصورتين أولى ثم الصورتين ثانية باعتبار اتحاد مدخول إلى في الصورتين فالأولى كان مدخول إلى ثنتين والثانية ما كان مدخولها ثلثا ثم قال المصنف في قول زفر رحمه الله وهو القياس لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط وتمامه أن زفر رحمه الله لا يدخل الحدين لا الأول ولا الثاني والعرف أن يراد بالغاية المتأخرة فقط مدخول إلى وحتى لأنها المنتهى فوجه ما ذكر باستعمال الغاية في الحدين الحد من الطرفين لا يدخل تحت المضروب له الحد والمضروب له هو المبيع مثلا ولا يدخل الحدان فيه فكذا في الطلاق وقد صرح بتسمية الأول غاية في وجه أبي حنيفة رحمه الله حيث قال ثم الغاية الأولى والمراد بالقياس قضية اللفظ لا القياس الأصولي لأن زفر رحمه الله إنما بنى جوابه على قضية اللفظ كما يفيده وجه المنقول للأصمعي حين سأله عند باب الرشيد عن قول الرجل أنت طالق ما بين واحدة إلى ثلث فقال تطلق واحدة لأن كلمة ما بين لا تتناول الحدين وكذلك من واحدة إلى ثلث لأن الغاية لا تدخل تحت المغيا فألزمه في قول الرجل كم سنك فقال ما بين ستين إلى سبعين أن يكون عمره تسع سنين فيكون أيراد مسئلة البيع ذكر محل باعمال اللفظ كالدليل السمعي بذكر محل أعمله اليمين أنه غير متروك الظاهر لا للقياس عليها والحاصل أن ذكر البيع على هذا زيادة على تمام الدليل لا أصل لقياس فيكون جزء الدليل ثم قد نسب إلى أبي حنيفة رحمه الله ما نسب إلى الأصمعي غير أنه قال له

...ه قولهما وهو الاستحسان لان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولا يجوز
...ن المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين وما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه
...رادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكرنا والاصل في الطلاق هو الحظر ثم الغاية الاولى لا بد ان تكون موجودة ليترتب
...عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه
...محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم تكن له نية فهي واحدة وقال زفر تقع ثنتان
...لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد رح ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب تعددها

...الامام كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين فقال ابو حنيفة رح سنك تسع وستين من هذا المسبب ايضا فيما بين واحدة الى ثلث
...ونحو ذلك ثم يقال له كم سنك فيجيب بلفظ ما بين ودون ان يقول خمسة وستين ونحوه مع ظهوره ورد الامام ح الاوقات جوابه فلم يكن
...ث ينقطع على شرعي ثم قال عند الامام الاصمعي استحسن في مثل هذا والذي يتبادر في وجه استحسانه ان في قول الرجل سني ما بين الستين
...وسبعين عرفا في ارادة الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل لا عرف في الطلاق او لم يتعارف التعليق بهذا اللفظ فيبقى على ظاهره وقد قيل من
...غير هذا وهو ان ما بين العددين المذكورين اكثر من ستين فكيف تكون تسعة وهذا لبناء على ان ما بين ستين وسبعين احد وستون واثنان وستون الى تسع وستين لا واحد
...وتسعة انما يصح اذا لم يعتبر الحد الاول خارجا عن مسمى لفظ ما بين كذا وكذا والظاهر انه خارج وجواب زفر رح حيث قال لا يتناول الحدين مرة
...والاوجه ما ذكرناه والله اعلم **قوله** وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كقول الرجل خذ من مالي
...عشرة الى مائة وبع عبدي بما من مائة الى الف وكل من الملح الى الحلو اي من الملح والحلو والبيع بالف وكل الحلو **قوله** ولابي حنيفة رح ان المراد في العرف
...الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل لا يخفى ان المراد ان ذلك انما هو اذا كان بين الحدين متخلل لانه لا يتحقق في نحو من درهم الى درهمين اربعة
...موضع الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر ففي نحو طالق من واحدة الى ثنتين انتفى ذلك العرف منه عنده فوجب اعمال طالق فيتبع واحدة لانه
...لا يتاتى في من واحدة الى ثنتين لانه لم يذكر الا ما يصدق عليه ولم يتبع انه جار في غيره وتعبيره عنه انه لم يصدق مع عدم تخلل مرانه سوق
...في قولهما يجب الاكثر والحاصل ان قول كل من الثلاثة استحسان بالتعارف بالنسبة الى قول زفر الا انها اطلقا فيه وابو حنيفة رح يقول انما
...كذلك فيما مرجعه الاباحة كالمثل المذكور واما ما اصله الحظر حتى لا يباح الا لدفع الحاجة فلا والطلاق منه فكان قرينة على عدم ارادة الكل غير ان
...الغاية الاولى لا بد من وجودها ليترتب عليها الطلقة الثانية في صورة ايقاعها وهي صورة من واحدة الى ثلث اذ الثانية بلا اولى وجود الطلاق
...ن وقوعه بخلاف الغاية الثانية وهي ثلث في هذه فانه لم يتبع وقوع الثانية بلا ثالثة الا صورة من واحدة الى ثنتين فلا حاجة الى ادخالها
...الا ما دخلت ضرورة ايقاع الثانية بلا ثالثة وهو مستغن ايقاع الواحدة ليس باعتبار ادخالها غاية بل بما ذكرنا من انتفاء العرف فيه فلا يرد ان لا تقع بطالق بهذا كما
...في قوله من واحدة الى واحدة انه يقع واحدة عند زفر رح خلافا لما قيل لا يقع عنده شيء لعدم التخلل ووجه بانه يلغو قوله من واحدة الى واحدة لامتناع كون الواحد
...غاية ومنتهى فيقع بطالق واحدة كذا هنا يجب ان يلغو من واحدة الى ثنتين عنده ثم يقع بطالق واحدة ولو رد واذا قيل طالق ثانية لا يقع الا واحدة اجيب بان الثانية
...فيقع بانت طالق واحدة بخلاف قوله هنا من واحدة الى ثلث وهذا يستدعي وجود الامرين ووجودهما بوقوعهما فيقع الثلث الجواب ان ذلك في المحسوسات اما نحن فيه
...ن الامور المعنوية فانما يقتضي الاول واحتمال وجود الثاني عرفا ففي من الستين الى السبعين يصدق انه لم يبلغ السبعين بل منتظره
...م يعد مخطئا في التكلم به لافادة ذلك القدر بقي ان يقال ان هذا انتقض عليهما لا ينتقض على زفر لما تقدم انه يقال من طرفه لا عرف في
...طلاق فلا يلزم ادخال الغاية الاولى لان ما بين انما يتناول الثانية لا من حيث هي ثانية الواقع بل هي من حيث هي ما بين الواحدة والثلث
...احتياج الى ادخالها ضرورة ايقاع الثانية في من واحدة الى ثلث وهما لم يثبت تعارف مثل ذلك التركيب في الطلاق حيث يعتبر ورود جزالفتنة
...ى الا يوجب الا دخول ما بين الحدين ولا مخلص الا بدعوى ان العرف انما تشابه اوله وذلك في اي مادة وقع وقد لا يسلمه زفر رح **قوله** بخلاف جواب عن
...ما من زفر على مسئلة من هذا الى هذا الحائط بالفرق بان التطليقة الثانية واقعة بلا وجودها الا بوقوع الاولى ثم وقعت ضرورة بخلاف الغاية

فان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة
كما في قوله واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي
ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان
وعند زفر رحمه ثلث لان قضيته ان يكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول
على ما بيناه ولو قال انت طالق من هنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر رحمه هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول

في البيع لم تدع ضرورة الى ادخالهما في المبيع فبقيت الغايتان خارجتين ثم انت علمت ان الاستدلال على الاقوال الثلاثة ليس الا بنفيه للاعراب ومسئلة البيع
لا تنهار لان اللفظ لم يترك ظاهره وتحقيق الفرق على قول ابي حنيفة رحمه ان العرف فيه ارادة الاكثر من الاقل الى آخره ما تقدم في من واحدة الى ثلث تقع
ثنتين لانهما اكثر من الاقل واقل من الاكثر فلزم وقوع الاولى بخلاف بعت من هذا الى هذا الحائط لان التعارف انما وقع في الاعداد نحو من ستين الى
سبعين وما بين ستين الى سبعين ونحوه فبقي اللفظ فيه على مقتضاه لغة فلا تدخل الغايتان وبه اندفع سؤال ان ما بين تقتضي وجود الطرفين فيقعان كقولها
فان العرف اعلى ان قضيته عدم وقوع الثانية **فرعان** لو قال من واحدة الى عشرة تقع ثنتان عند ابي حنيفة رحمه وقيل تقع ثلث لان اللفظ معتبر
في الطلاق حتى لو قالت طلقني ستا بالف فطلقها ثلثا وقعت الثلاث بخمسمائة ولو قال ما بين واحدة وثلث وقعت واحدة نقل عن ابي يوسف رحمه
بخلاف ما اذا كان غاية وكذا يجب عند الكل الا ان كان فيه العرف الكائن في الغاية **قوله** ولو نوى واحدة اي في من واحدة الى ثلث
اذا كان فيه عرف الغاية **قوله** لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه **قوله** ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب
والحساب على ما يعرف الحساب فهي واحدة ديانة اذا لم يكن له نية اولى ان تقع واحدة وقال زفر رحمه والحسن بن زياد يقع ثنتان وهو قول مالك رحمه
والشافعي رحمه في وجه اذا لم يعرف الحساب لكنه قصد موجبه عند الحساب فلو كان ما يعرف الحساب وقصد موجبه عندهم وقع ثنتان وجها واحدا
وبه قال احمد رحمه وعندنا يقع واحدة بكل حال ووجه قول زفر رحمه ان عرفهم فيه تضعيف احد العددين بعدد الآخر وقوله واحدة في ثنتين كقوله
واحدة مرتين او ثنتين في مرة وثنتين في ثنتين مرتين فكأنه قال طالق اربعا فيقع الثلث فالالزام بانه لو كان كذلك لم يبق فقير في الدنيا
لا معنى له اصلا لان ضربه وجمعه مثلا في مائة الف ان كان على معنى الاخبار كقوله عندي درهم في مائة فهو كذب وان كان على
الانشاء كجعلته في مائة لا يتمكن لانه لا يحتمل بقول ذلك مائة فليس في ذلك الكلام شيء **قوله** اثره في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب لا في زيادة العدد والطلقة
التي جعل لها اجزاء كثيرة لا تزيد على طلقة ولا يخفى ان هذا لا معنى له بعد قولنا ان عرف الحساب في التركيب اللفظي كون احد العددين مضعفا
بعدد الآخر فان العرف لا يمنع والغرض انه تكلم بعرفهم واراده فصار كما لو اوقع بلغة اخرى فارسية او غيرها وهو يدريها **قوله** فان نوى واحدة
وثنتين بقوله واحدة في ثنتين وهي مدخول بها وقعت ثلاثة لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف فصح ان يراد به معنى الواو
ولو كانت غير مدخول بها وقعت واحدة كما لو قال لها انت طالق واحدة وثنتين وان نوى معنى لفظة مع وقع ثلاث عليها مدخولا كانت
او غير مدخول بها كما لو قال لغير المدخول بها طالق واحدة مع ثنتين وارادة معنى لفظة مع بها ثابت كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع
عبادي وفي الكشاف ان المراد في جملة عبادي وقيل في اجساد عبادي ويؤيده قراءة في عبدي فهي على حقيقتها على هذا ولا يخفى ان تأويلها مع
عبادي يفيد وادخلي جنتي فان دخولها معهم ليس الا في الجنة فالاوجه ان يستشهد على ذلك بقوله تعالى ونتجاوز عن سيئاتهم في اصحاب الجنة وعلى
الاحتمال المذكور لو وقع مثله في الاقرار بان قال له علي عشرة في عشرة وادعى المقر له الجميع اي مجموع الحاصل على الاصطلاح يحلفه القاضي انه
ما اراد الجميع اما الواو او معنى الظرف لغا ولم يقع الا المذكور اولا ففي واحدة في ثنتين واحدة وثنتين في ثنتين ثنتان اتفاقا لان الطلاق لا يصلح حقيقة
الظرف فيلغو الثاني **قوله** ولو قال انت طالق من هنا الى الشام فهي واحدة رجعية وقال زفر رحمه بائنة لانه وصف الطلاق بالطول اورد عليه انه لو قال
طالق طلقة طويلة او عريضة كانت رجعية عند زفر رحمه فكيف يعلل البينونة هنا بالطول اجيب باحتمال كونه يفرق بين وصفه بالطول صريحا

قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا لو قال انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه علقه بالدخول ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية **فصل** في اضافة الطلاق الى الزمان

فيقع به الرجعي وكناية فيقع به البائن ان اثبات بطريق الكناية ابلغ منه بالصريح كما في كثير الرماد الا انه لا مرتجلا اثبات الجود له بينة اعني كثرة الرماد وانه تعليل على مذهبنا الا ان كلامه قال لما قال من هنا الى الشام فقد وصفه بالطول ولو وصفه بالطول صريحا بان قال انت طالق طلقة طويلة تقع بائنة عندكم فكذا كناية بل اولى لما قلنا وقد فعل له مثل ذلك حيث عمل سقوط النية في صوم رمضان عن الصحيح المقيم بالقياس على صاحب النصاب اذا دفعه الى الفقير بعد الحول ولم ينو الزكوة بان الزكوة لا تسقط عنده واذا تصدق بجميع النصاب بعد الحول كذلك لان في المسألة روايتين كما جوزه في الكافي لان بعض المشايخ قال في دليله لانه وصفه بالطول لو قال انت طالق طلقة طويلة كان بائنا كذا هنا لان قوله من هنا الى الشام يفيد الطول والعرض فجاز ان لا تحصل البينونة عنده بهما وتحصل بالوصف بهما لانه يفيد العظم فكانه قال كالجبل فيقتضي هذا ان لا يقتصر على قوله لانه وصفها بالطول بل يقول بالطول والعرض **قوله** قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع الطلاق وقع في كل الدنيا والسموات ثم هو لا يحتمل القصر حقيقة فكان قصر حكمه فهو الرجعي وطوله بالبائن ولانه لم يصفها بالعظم ولا كبر بل مد الى مكان هو لا يحتمل ذلك فلا يثبت بهذا اللفظ زيادة شدة فلا بينونة وقال التمرتاشي انه انما مد المرأة لا الطلاق ووجهه انه حال من الياء بمعنى صاحب الحال في التركيب الا المعنى الا لق **قوله** ولو قال انت طالق بمكة او في مكة طلقت في الحال وكذا في الدار وان لم يكن في مكة ولا الدار وكذا في الظل والشمس والثوب فان لو قال طالق في ثوب كذا وعليها غيره طلقت للحال وكذا اذا قال انت طالق وانت مريضة وان قال عنيت اذا اتيت او اذا مرضت دين فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لما فيه من التخفيف على نفسه كما اذا قصد بقوله بمكة او في مكة اذا دخلت مكة فانه يتعلق بالدخول لانه لا اقتضاء لان الطلاق لا يختص بمكان دون مكان المعنى ان الطلاق لا يتصور ان يتعلق بمكان ابعينه دون غيره لان الطلاق والمعنى رفع القيد عن معدوم في الحال وقد جعل الشارع لمن له التخلص التمكن لنفسه وضعه تعالى سببا لذلك ان يعلق وجوده بوجود امر معلوم حتى اذا وجد فانه بوجود المعنى هو رفع القيد وضعا شرعيا لا زوما عقليا والزمان والافعال بهما لمحان لذلك لان كلا منهما معدوم في الحال ثم يوجد او رقيبا تعليق وجود الطلاق بوجود كل منهما بخلاف المكان الذي هو عين ثابتة فانه لا يتصور الاناطة به ولو اناطه به قبل وجوده فالمناط وجوده او فعل الفاعل له فكان الصالح للتعليق وجود المعنى به الزمان والافعال ثم الزمان في الاضافة والتعليق يكون مستقبلا فانما يكون معه التنجيز ووقوع المعلق لا المعلق واما المكان فمن قال عنه فليس في وسعه فيلغو ويبقى انت طالق فيقع به في وانما فسرنا الطلاق برفع القيد ولم نقل هو فعل معدوم فناسب ان يتعلق بالزمان ويوجد عند وجوده لان الفعل لا يمكن ان يوجد ما علق عليه لتوقفه على فعل الفاعل له وانما يصح ذلك في اثره الشرعي لان حاصله تعلق خطابه بالحرمة عنده وهذا امكن اعتباره بعلنا المعلق رفع القيد لا فعل التطليق والله سبحانه وتعالى اعلم **قوله** ولو قال في دخولك الدار او مكة تعلق بالفعل اي بالدخول كما بالشرط لصحة استعارة الظرف للشرط لمقارنة بين معنى الشرط والظرف من حيث ان المظروف لا يوجد بدون الظرف كما لا يوجد بدون الشرط فحمل عليه عند تعذر معناه اعني الظرف وكذا اذا قال في لبسك او في ذهابك وقد بيناه وبه صلاحية الفعل فرق بين كون اليوم بها فعلا اختياريا او غيره حتى لو قال في مرضك او وجعك او صلاتك لم تطلق حتى تمرض او تصلي

اضافة الطلاق الى الزمان ذكر في باب ايقاع الطلاق فصولا متعددة باعتبار تنوع الايقاع اي بابه الايقاع على الاقسام الى مضاف وموصوف

ولو قال أنت طالق غداً وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في أول جزء منه ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لأنه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله لكنه مخالف للظاهر ولو قال أنت طالق اليوم غداً أو غداً اليوم فإنه يؤخذ بأول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الأول في اليوم وفي الثاني في الغد لأنه لما قال اليوم كان تنجيزاً والمنجز لا يحتمل الإضافة ولو قال غداً كان إضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من إبطال الإضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين

وشبيه وغيره مسائل مدخول بها وغير مدخول بها وكل منها صنف تحت ذلك الصنف المسمى باباً كما أن الباب يكون تحت الصنف المسمى كتاباً والكل تحت الصنف الذي هو نفس العلم المدون فإنه صنف عال والعلم مطلقاً بمعنى الإدراك جنس تحته من اليقين والظن نوع والعلوم المدونة تكون دينية كالفقه وعقلية كالكلام والحساب والهندسة فواضع العلم لما لاحظ الغاية المطلوبة له فوجد ما ترتب على العلم بأحوال شتى أو أشياء من جهة خاصة وضعه ليبحث عن أحواله من تلك الجهة فقد قيد ذلك النوع من العلم بعارض كلي فصار صنفاً وقيل لواضع صنف العلم أي جعله صنفاً فالواضع للعلم أولى باسم المصنف من المؤلفين وإن صح إطلاقه فيهم وعلم بما ذكرنا أنها متباينة مندرجة تحت صنف على التباين العوارض المقيد بكل منها النوع وإن ما ذكر من نحو كتاب الحوالة إلا ليوع خلاف تسمية بكتاب **قوله** ولو قال أنت طالق غداً وقع الطلاق عليها بطلوع فجره لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد لأن جميعه هو المسمى بالغد ولو نوى آخر النهار جاز فيما بينه وبين الله تعالى سبحانه لا في القضاء لأنه خلاف الظاهر وقوله لأنه نوى التخصيص في العموم تنزيل للأجزاء منزلة الأفراد وإلا فلفظ غداً نكرة في الإثبات فتخص فليس من صيغ العموم **قوله** ولو قال أنت طالق اليوم غداً أو غداً اليوم يقع في أول الوقتين تفوه به أما الأول فلأنه تنجيز فلا يصح متأخراً إلى وقت في المستقبل وأورد عليه لم لا يعتبر إضافة أخرى لا إضافة عين ما نجز والجواب أن اعتبار كلامه إيقاعاً ما للحاجة وهي مرتفعة بالواحدة ولا ضرورة أخرى تجب لزماتها ووقوع أخرى فإنها إذا طلقت اليوم كانت غداً كذلك حتى لو كانت العطف بأن قال أنت طالق اليوم وغداً أو أول النهار وآخره لا يقع إلا واحدة لأنها طالق في الغد وآخر النهار بطلاقها في اليوم وأول النهار وقد طولب بالفرق بين هذه وبين قوله أنت طالق اليوم إذا جاء غد فإنها لا تطلق إلا بطلوع الفجر فتوقف المنجز لاتصال مغير الأول بالآخر فلم يتوقف باتصال الإضافة كما توقف باتصال الشرط وكلاهما مغير للتنجيز فظهر أنه مضاف لا أنه طلاق آخر وعلى هذا التقرير يسقط الجواب بأن ذكر الشرط يبين أن قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع وما نحن فيه ليس فيه ذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بياناً لوقت الوقوع وهو ظاهر وكذا يسقط الجواب بأن طالق اليوم إيقاع في الحال وإذا جاء غد تعليق فلا بد من اعتبار أحدهما للتنافي واعتبار المعلق أولى لأن في اعتباره إلغاء كلمة واحدة وهي لفظة اليوم وفي اعتبار المنجز إلغاء كلمات وهي قوله إذا جاء غد لأنه لم يقع الفرق في الجوابين بأنه توقف فلم يكن تنجيزاً مع اتصال المغير الشرطي ولم يتوقف وكان تنجيزاً مع اتصال المغير الإضافي فإن قيل لم لم يجعل الثاني ناسخاً أجيب بأن النسخ فرع ثبوت الأول وتقرره وتقرر الطلاق الأول ثبوته ووقوعه فلا يمكن رفعه بعد ذلك تأخيره وأما الثاني وهو قوله طالق غداً اليوم فلأنه وقع مستقبلاً مضافاً وبعد ما صح مضافاً إلى غد لا يكون بعينه منجزاً بل لو اعتبر كان تطليقة أخرى وإنما وصفها بتطليقة واحدة ولأنها إذا زيدت مضافة إلى الغد علم إلغاء اللفظ الثاني ضرورة ولا يمكن جعله ناسخاً للأول لأن النسخ إنما يكون بكلام مبتدأ في نفسه متراخ وهو منتف هنا فإن قلت فما وجه المسألة إذا وسطت الواو فالجواب أنه إذا قدم المتقدم من الوقتين كأنت طالق أول النهار وآخره أو اليوم وغداً أو في ليلك ونهارك وهو في الليل أو قبله وهو في النهار وقعت واحدة لعدم الحاجة إلى الأخرى لأنها بطلاقها في أول الوقتين تكون طالقاً في آخرهما ولو نوى أن يقع عليها اليوم واحدة وغداً أخرى صح ووقعت ثنتان وكذا طالق اليوم وغداً وبعد غد يقع واحدة بلا نية فإن نوى ثلاثاً متفرقة على ثلاثة أيام وقعن كذلك وإن قدم المتأخر كطالق غداً واليوم أو في نهارك وليلك وهو في الليل أو قبله هو في النهار فعن زفر وكذلك يقع واحدة وعندنا يقع ثنتان لأن الأول وقع مضافاً صحيحاً والواو في عطف المفرد وهو المسمى بالجملة الناقصة يوجب تقديرياً في الأول بعدياً فصار كأنه قال أنت طا

ولو قال انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها
بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف في واثباته
سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة رحمه الله انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول
ضرورة عدم المزاحم فاذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها
بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لاصومن عمري ونظير الاول والله لاصومن في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر
ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان
اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة
لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة

غدا او انت طالق اليوم وقد نقل الخلاف بينهما وبين زفر رحمه الله فيما لو قال انت طالق كل يوم فعند زفر يقع ثلث في ثلثة ايام لانه موقع في كل يوم
قلنا اللازم هو كونها طالقا في كل يوم يحصل بايقاعه في هذا اليوم فقط غير متوقف على ايقاعه موقتا كل يوم ولا يخفى ان نقل هذا الخلاف مع الرواية
في طالق غدا او اليوم تقع واحدة مشكل لان كل يوم اما ان يتعين اليوم وغدا وبعد غد الى آخر الزمان فتقع واحدة او كل غد او ما بعده واليوم فكذلك
وكذا لو قال انت طالق ابدا لم تطلق الا واحدة فلو نوى ان تطلق كل يوم تطليقة اخرى صحت نيته وفي هذه المسئلة ما قدمناه من البحث اول كتاب
الطلاق في مسئلة انت طالق للسنة وحاصل ما يقع به جواب ما قدمناه ان صحة نية الثلث انما باعتبار اضمار التعليق كانه قال طالق كل يوم تطليقة او انما
كانه قال في كل يوم ولو قال في كل يوم طلقت في كل يوم واحدة وهو ما قاس عليه زفر وفرقوا بان في للظرف والزمان انما هو ظرف من حيث الوقوع فيلزم من كون كل
يوم فيه تكرر تعدد الواقع بخلاف كون كل يوم فيه الاتصاف بالواقع **قوله** ولو قال انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار صدق في القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يصدق في القضاء خاصة ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لهما انه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار كقوله طالق غدا وفيه لا يصدق في نية آخره
ولهذا اي ولانه وصفها بالطلاق في جميع الغد يقع في اول جزء منه اتفاقا عند عدم النية وهذا وهو كونه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة
منزلة غدا لان حذف لفظة في مع ارادتها واثباتها سواء فاذا كان في حذفه يفيد عموم الزمان ففي اثباته كذلك ولابي حنيفة رحمه الله ان ذكر لفظة في
يفيد وصل متعلقها بجزء من مدخولها اعم من كونه متصلا بجزء آخر او كله او لا وانما يعرف خصوص شيء منهما من خارج كما في صمت في يوم يعرف الشمول للكل
وفي يوم يعرف عدمه لا مدلول اللفظ فاذا نوى جزءا من الزمان خاصا فقد نوى حقيقة كلامه لان ذلك الجزء من افراد المتواطئ بخلاف ما اذا لم يذكر فيصل
الفعل اليه بنفسه فان المتبادر عرفا للقطع من اللغة يفهم الاستيعاب في سرت فرسخا وبعدمه في سرت في فرسخ وصمت عمري وفي عمري فنيته جزءا معينا
بخلاف الظاهر فلا يصدق قضاء **قوله** ولو قال انت طالق امس اي في اليوم الذي خرج وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء باجماع الفقهاء لانه اسند
الطلاق الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فكان حاصله انكار الطلاق فيلغو فكان كقوله انت طالق قبل ان اخلق ولانه حين تعذر تصحيحه انشاء
امكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح اي طالق امس عن قيد النكاح اذ لم تنكحي بعد او عن طلاق زوج كان لها ان كان بخلاف ما لو قال للمعينة انت طالق
انت طالق حيث يقع ثنتان لان الظاهر في التركيب لفظ الايقاع والانشاء فلا يعدل عنه الا لتعذر والصارف عنه الى محتمله وهو عدم صحة الانشاء
منتف لبقاء المحلية بعد الطلقة الاولى الا بعود القيد بعد زواله لثبوت العدة كقول طائفة من المشايخ او لبقائه متوقفا الى انقضاء العدة
وهو قول المحققين ويشهد لهم انه اذا قال كل امرأة لي طالق يقع على المطلقة الرجعية اخرى لا يقال ذلك لقيام العدة ليعود القيد لانه لا يقع على المبانة
في قيام عدتها بخلاف ما لو قال لامرأتيه احدكما طالق احدكما طالق حيث يقع واحدة ويحمل على الاخبار ثانيا او التاكيد لان لا يقصد التجديد لان الابهام
مع التكرير ليس غالبا ولا الداعي الى تكثير الطلقات من اللجاج والغضب بحيث لا يقنع الزوج بواحدة موجودا فيه لان تحقق ذلك في المعينة
لا المنكرة ولو كان تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا للكذب وعدم قدرته على الاسناد فكان
انشاء في الحال فيقع الساعة وعلى هذه النكتة حكم بعض المتاخرين من مشايخنا في مسئلة الدور المنقولة عن متاخري الشافعية وهي ان طلقتك فانت طالق قبله ثلثا
فحكم بانه اذا طلق تنجيزا طلقها لانه لو تنجيز يقع المعلق قبله ثلثا ووقوع الثلث سابقا على التنجيز يمنع المنجز بعد وقوع المنجز والمعلق لان الايقاع في الماضي ايقاع
في الحال ونقول ايضا ان هذا التعبير بحكم اللغة لان الاجزية تتنزل بعد الشرط او معه لا قبله وبحكم العقل ايضا لان مدخول اداة الشرط سبب والجزاء مسبب عنه

ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم تقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وانا صبي او نائم او يصح اخبارا على ما ذكرنا ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك
او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من
ظروف الزمان وكذا كلمة ما للوقت قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحياة ولو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا
باليأس عن الحيوة وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت
عند ابي حنيفة رح وقالا تطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم شعر واذا تكون كريهة أدعى لها واذا يحاس
الحيس يدعى جندب فصار بمنزلة متى ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام من المجلس كما في قوله متى شئت

ولا يعقل تقدم المسبب على السبب فكان قوله قبله لغوا البتة فيبقى الطلاق جزاء للشرط غير مقيد بقبلية وحكم الشرع ان النصوص ناطقة
بشرعية الطلاق وهذا يؤدي الى رفعها فيتفرع في المسألة المذكورة وقوع ثلث الواحدة المنجزة وثنتان من المعلقة ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة
من المعلقة او ثلثا وقعن فينزل الطلاق المعلق لا يصادف اهلية فيلغو ولو كان قال ان طلقتك فانت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع ثنتان
المنجزة والمعلقة وقس على ذلك **قوله** ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كقوله طلقتك وانا صبي
او نائم او مجنون كان جنونه معهودا فان لم يكن معهودا طلقت للحال لانه اقر بطلاقها واسنده الى حالة لم تعهد فلم يعتبر قوله في الاضافة
او يصح اخبارا على ما ذكرناه من كونه اخبارا عن عدم النكاح او طلاق زوج متقدم **قوله** ولو قال انت طالق ما لم اطلقك ومتى لم اطلقك او متى لم اطلقك وسكت
طلقت باتفاق العلماء لان متى ظرف زمان وكذا ما تكون مصدرية نائبة عن ظرف الزمان قال تعالى قصا لكلام عيسى عليه السلام واوصاني
بالصلوة والزكوة ما دمت حيا اي مدة دوامي حيا فصار حاصل المعنى اضافة طلاقها الى زمان خال عن طلاقها وبمجرد سكوته وجد الزمان المضاف
اليه فيقع فلو قال موصولا انت طالق بر حتى لو قال متى لم اطلقك فانت طالق ثلاثا ثم وصل قوله انت طالق قال اصحابنا بر ووقعت واحدة
وقال زفر رح ثلث ولو قال انت طالق كلما لم اطلقك وسكت وقعت الثلث متتابعا لا جملة لانها تقتضي عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فان لم يكن مدخولا بها
بانت بواحدة فقط ولو قال حين لم اطلقك ولا نية له فهي طالق حين سكت وكذا زمان لم اطلقك وحيث لم اطلقك ويوم لم اطلقك
وان قال ما لم اطلقك او حين لا اطلقك لم تطلق حتى تمضي ستة اشهر لان لم تقلب المضارع ماضيا مع النفي وقد وجد زمان لم يطلقها فيه فوقع وحيث
للمكان ثم مكان لم يطلقها فيه فوقع الطلاق وكلمة لا للاستقبال غالبا فان لم يكن له نية لا يقع في الحال انما يقع بعد ستة اشهر لانه وسط استعماله فانه يراد به ساعة نحو
قوله تعالى حين تمسون وحين تصبحون وستة اشهر نحو قوله سبحانه وتعالى تؤتي اكلها كل حين واربعون سنة كما في قوله عز ذكره حين من الدهر والزمان كالحين لانهما
سواء في الاستعمال **قوله** لو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت باتفاق الفقهاء لان الشرط ان لا يطلقها وذلك لا يتحقق الا باليأس عن الحيوة لانه
متى طلقها في عمره لم يصدق انه لم يطلقها بل صدق نقيضه وهو انه طلقها واليأس يكون في آخر جزء من اجزاء حيوته ولم يقدره المتقدمون بل قالوا تطلق
قبيل موته فان كانت مدخولا بها ورثته بحكم الفرار والا لا ترثه وقوله وهو الشرط يعني العدم وقوله كما في ان لم آت البصرة اعطاء لنظير والمراد ان كل شرط بان
منافيا حكمه كذلك وهو ان لا يقع الطلاق والعتاق اذا علق به الا بالموت لما ذكرنا وزاد قيدا حسنا في المبتغى بالغين المعجمة قال الا اذا قال لامرأته ان
لم تجيئي بكذا فانت طالق ثلثا فهو على الابد اذا لم يكن ثمة ما يدل على الفور انتهى ومن ثمة قالوا لو اراد ان يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال ان لم تدخلي
البيت معي فانت طالق فدخلت بعد ما سكنت شهوته طلقت لان مقصوده من الدخول كان قضاء الشهوة وقد فات **قوله** وموتها بمنزلة
موته هو الصحيح احترز به عن رواية النوادر انها لا تطلق بموتها لانه قادر على ان يطلقها وانما عجز بموتها وصار كقوله ان لم ادخل الدار
فانت طالق يقع بموته لا بموتها وجه الظاهر ان الوجه السابق ينتظم موتها وموته بخلاف تلك المسألة فان بعد موتها يمكنه الدخول
فلا يتحقق اليأس بموتها فلا يقع اما الطلاق فانه يتحقق اليأس عنه بموتها واذا حكمنا بوقوعه قبل موتها لا يرث منها الزوج لانها بانت قبل الموت
فلم يبق بينهما زوجية حال الموت انما حكمنا بالبينونة وان كان المعلق صريحا لانتفاء العدة كغير المدخول بها لان الغرض ان الوقوع في آخر جزء لا يتجزى فلم يليه
الا الموت وبه تبين **قوله** ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى تموت عند ابي حنيفة رح وقالا تطلق حين سكت

...قد مر انه يستعمل في الشرط ايضا كما في قوله شعر واستغن ما اغناك ربك بالغنى . واذا تصبك خصاصة فتجمل فان اريد به الشرط
...في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من
...على اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال تم الخلاف فيما اذا لم تكن له نية اما اذا نوى الوقت
...او نوى الشرط يقع في اخر العمر لان اللفظ يحتملهما

...ذا للوقت ككلمة متى قال الشاعر فيا ليت الشمس كررت فاتكم وهو ابن حمام وجرى بن حنظلة ... واذا تكون كريهة ادعى لها واذا يحاس
...يعني جندب ويعني اخاه الصغير وما قيل انه لعنترة الحسني تخطئة عند اهل المعرفة بالشان لانتفائه من ديوانه ولم يعرف لعنترة اخ اسمه جندب
...الارخ من اتية اسمه شيبوب ثم لم تكن امه بحيث تواكل اباه شدادا ميتا لانها العبد من ذلك عند من اطلع على قصته قيل البيت المذكور بل
...اذا استغنيتم وامنتم فانا البعيد الاجنب . واذا الشدائد بالشدائد مرة اخنتكم فانا المحب الاقرب . واذا تكون كريهة ادعى لها واذا يحاس الحيس
...يدعى جندب . هذا وجدكم الصغار بعينه لا ام لي ان كان ذاك ولا اب . عجب لتلك قضية واقامتي . فيكم على تلك القضية اعجب . هو اعترض لبعض
...بان كلا من الاية والبيت فيه معنى الشرط وجواب الاول علمت وجواب الثاني ادعى ويدعى وايضا تنظيره لها بمتى غير صحيح لانها لا تتمحض
...بدا وبها بناء على ان قوله للوقت يعني المحض ولا حاجة تدعو الى ذلك ولا يتوقف ثبوت مطلوبها عليه بل المنقول لها انه لا يسقط عنها
...ت في المجازات فاورد الشاهدين لها للدلالة على قيام الوقت مع الشرط وليس لها حاجة ان بينا انها للوقت المجرد عن الشرط بل حاجتها
...الاجماع ليكون دفعا لظاهر القول الكوفيين **قوله** ولابي حنيفة رح انها تستعمل للشرط ايضا يعني الشرط المجرد من معنى الظرفية والا
...هذا مذهب نقل عن الكوفيين واستشهد بقوله واذا تصبك خصاصة فتجمل حيث جزم بها فصارت محتملة لكل من الشرط المجرد عن الظرف
...واما على حد سواء واما على انها مجاز عنده في الشرط المجرد وكثر حتى صار كالظاهر فيها ولكنا قيل لا يصدقه القاضي في دعواه ارادة الشرط المجرد
...الفرق لها بين هذه ومسئلة الملك على ان لا اشرب من دجلة حيث صرفناه الى الشرب بالاناء ذكر علا ان المجاز هناك غالب واحتاج ابو حنيفة
...الى انه جزم هناك لصاحب المعنى الحقيقي لابنائه فرقا ان حكم الحقيقة وهو الحنث بالكرع ثابت فيه على اعتبار الحقيقة وعلى اعتبار المجاز لان حكمه اعم من فرد
...شرب اعترافا فكان حكم الحقيقة ثابتا يقينا على كل حال فاعتبرت لذلك اي للتيقن بحكمها بخلاف المجاز بخلاف معنى الظرف هنا فانه يقتضي الوقوع
...وهو مناف لحكم المجاز وانت سمعت ان البصريين يمنعون سقوط معنى الظرف عنها وان استعملت شرطا كمتى فثبوت الاحتمالين على السواء ممنوع
...احتمالا في جزء منا فلم يسمع يقينا وبتقدير احدهما بناء على عدم اشتراط النقل في احاد المجاز لكونه كثير استعماله حتى ساوى الحقيقة ممنوع
...انه يجب على قولها اذا اراد معنى الشرط ان لا يصدقه القاضي بل يصح ديانة لان الوجه عندها ظهورها في الظرف مراده خلاف الظاهر فلا يصدق
...والبيت المذكور له قاله عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة يوصي حميدا ابنه بقصيدة فيها اداب ومصالح اولها اجبيل ان اباك
...وهو خاذوعيت الى المكارم فاعجل . اوصيك ايصاء امرئ لك ناصح طبن بريب الدهر غير مغفل . الله فاتقه واوف بنذره . واذا حلفت مماريا فتحلل
...والضيف اكرمه فان مبيته حق ولا تك لعنة للنزل . واعلم بان الضيف مخبر اهله . بمبيت ليلته وان لم يسئل . ودع القوارص للصديق
...وغيره كيلا يروك من اللئام العزل . وصل المواصل ما صفا لك وده . واحذر حبال الخائن المتبذل . واترك محل السوء لا تحلل به . واذا نبا بك منزل
...فتحول . دار الهوان لمن رآها داره . افراحل عنها كمن لم يرحل . واستان حلمك في امورك كلها . واذا عزمت على الهوى فتوكل . واستغن ما اغناك ربك
...بالغنى . واذا تصبك خصاصة فتجمل . واذا هممت بامر شر فاسده . واذا هممت بامر خير فاعجل . واذا اتتك من العدو قوارص . فاقرص لذاك ولا تقل لم افعل
...واذا افتقرت فلا تكن متخشعا . وارج الفواضل عند غير المفضل . واذا تشاجر في فؤادك مرة . امران فاعمد للاعف الاجمل . واذا لقيت القوم فاضرب فيهم
...حتى يروك طلاء اجرب مهمل . واذا لقيت الباهشين الى الندى . غبرا اكفهم بقاع ممحل . فاعنهم وايسر بما يسروا به . واذا هم نزلوا بضنك فانزل

ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لان البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا بان يجعل هذا القدر مستثنى واصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته واخواته على ما ياتيك في الايمان ان شاء الله تعالى

وقد استعمل الشاعر اذا فيها للشرط في ثلاثة عشر موضعا بالجزم وقد قول فالجزاء وسقل من عقلت الناقة بالعقل يريد عقلي تريب الدهر غير ممنوع ويحمل اي تلهو جميلا والانتظر جزعا وقيل كل الجميل اي المجمول وهو الشحم المذاب واين هذا من الاول في تاديب وفي المنتقى لو قال اذا طلقتك فانت طالق واذا لم اطلقك فانت طالق ثلاثا قلت قبل ان يطلق يقع عليها طلقتان لانه لما مات قبل التطليق حنث في اليمين الثانية فيقع عليها طلاق وهذا الطلاق يصلح شرطا في اليمين الاولى لانه وقع بكلام واحد بعد اليمين الاولى فحنث في اليمين فيقع طلاقان ولو قلب فقال اذا لم اطلقك فانت طالق واذا طلقتك فانت طالق فمات قبل ان يطلق وقع عليها واحدة لانه لما مات قبل التطليق صار حانثا في اليمين الاولى فيقع الطلاق ولا يصلح شرطا في الثانية لانه وقع بكلام وجد قبل اليمين الثانية فالشرط متراخ في المستقبل لا الماضي ولم يذكر خلافا وانما هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله اما على قولهما فيقعان بعد زمان يسير في الاولى للوجه الاول بعينه وفي الثانية يقع واحدة كما سكت لانه حنث في قوله اذا لم اطلقك فانت طالق فكذا لو لم يسكت حتى مات لان زمان قوله اذا طلقتك فانت طالق زمان لم يوجد فيه تطليق فيقع قبل ان يفرغ منه هذه ثلث مسائل من الجامع الكبير انت طالق اذا تزوجتك قبل ان اتزوجك قبلا انت طالق قبل ان اتزوجك اذا تزوجتك فانت طالق قبل ان اتزوجك ففي الصورتين الاوليين يقع عند التزوج اتفاقا وفي الثالثة كذلك عند ابي يوسف رحمه الله وعندهما لا يقع فالاصل ان الطلاق اذا اضيف الى وقتين احدهما يقبله والآخر لا فجمعهما يقبله ويبطل ما لا يقبله وان الآخر ينسخ الاول وقيل واذا نظر فان وقيل لا تقبل الطلاق واذا تقبله فاضيف اليهما وتمامه في الفرق بين الثالثة وما قبلها ترجح جهة الشرط بدليل ذكر الفاء في الجزاء فالمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كانه قال عند التزوج انت طالق قبل ان اتزوجك فلا يقع او لان الآخر هو الاضافة الى قبل فنسخ الاول قوله بخلاف مسألة المشيئة لانه على اعتبار انها للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انها للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك اعترض عليه بان وقوع الشك في الشرطية الظرفية توجب وقوعه في الحل والحرمة في الحال لانه على تقدير الشرطية تحل وعلى تقدير الظرفية تطلق فكان يجب ان تحرم تقديما للحرم وهو اعتبار الظرف كما قالا واجيب بان هذا مترك في جميع صور التردد في الامر فانه لو شك في انتقاض طهارته جاز فيه ان على اعتبار الانتقاض تحرم الصلوة وعلى اعتبار عدمه تحل ومع هذا لا تترجح الحرمة وان كان تبنى الصلوة على الاحتياط لان الشك لا يوجب شيئا انما ذلك في تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل فالاحتياط العمل بدليل الحرمة اما هنا لو اعتبرنا الحرمة لم يعمل بدليل بل بالشك وهناك يقع العمل بالدليل والله اعلم واعلم ان ما ذكره المصنف يشكل لانه سيذكر ان الخلاف فيما اذا لم تكن له نية ومع [illegible] فيقتضي الوجه في المشيئة ان على قولهما لا يخرج من يدها وعلى قوله يخرج وكذا اذا علم انه نوى ولم تدر نيته لعارض او غيره واما اذا عرفت بان استفسر فقال اردت الزمان فيجب ان يصدق على قولهما لا يخرج الامر من يدها وكذا على قوله لانه مقر على نفسه وان قال اردت الشرط صدق على قوله ولا يصدق على قولهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه واما في مسألة الطلاق اعني قوله انت طالق اذا لم اطلقك فان قال عنيت الزمان صدق عندهما وان قال عنيت الشرط لا يصدق عندهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه وعلى قوله يصدق في الشرط وفي الظرف لكون كل منهما محتملا تساعد ان في الثاني تشديدا على نفسه **قوله** ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة المنجزة فقط حتى لو كان قال انت طالق ثلثا ما لم اطلقك انت طالق وقعت واحدة وعند زفر ثلث معناه انه قال ذلك موصولا به فلو فصل وقع المضاف والمنجز جميعا والقياس ان يقع المضاف ايضا فيقعان ان كانت مدخولا بها فان لم تكن مدخولا بها يقع المضاف وحده وهو قول زفر رحمه الله لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله [illegible]

ومن قال لامرأته يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلا طلقت لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه إذا قرن بفعل يمتد كالصوم والأمر باليد لأنه يراد به المعيار وهذا أليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه إذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول إلا السواد والنهار لا يتناول إلا البياض خاصة وهو اللغة

أنت طالق قبل أن يفرغ منها وجه الاستحسان أن زمان البر مستثنى بدلالة حال الحالف لأن اليمين إنما تعقد للبر فهو المقصود منها وهو غير ممكن بها إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى وهو مقدار ما يمكنه تحقيق البر فيه من الزمان أصله من حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاشتغل بالنقلة من ساعته بر عندنا خلافا لزفر فإنه أجرى الأصل على القياس لا الأصل هنا النظير لأن الكل مختلف فيه منا ومن زفر **قوله** ومن قال لامرأته يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلا طلقت لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار وهو ظاهر ويطلق ويراد به مطلق الوقت كقوله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره فإن الفرار من الزحف حرام ليلا ونهارا والأفعال منها ما يمتد وهو ما يصح ضرب المدة له كالسير والركوب والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق كقوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان واختاري يوم يقدم فلان فيتعلق الحكم ببياض النهار فلو قدم فلان ليلا لا خيار لها ونهارا دخل الأمر في يدها إلى الغروب لأنه لما استدرك الظاهر من ذكر اليوم دون حرف في ضرب المدة تقديرا وهو حقيقة في بياض النهار يبقى معه إلى أن يتعين خلافه كقولك أحسن الظن بالله يوم تموت واركب يوم يأتي العدو ومنها ما لا يمتد وهو ما لا يصح ضرب المدة له كالطلاق والتزوج والعتاق والدخول والقدوم والخروج فيجب حمل اليوم معه على مطلق الوقت لأن ضرب المدة له كالطلاق والتزوج من السواد لا يحتمله والطلاق من هذا القبيل فيقع ليلا تزوجها أو نهارا كذا في عامة النسخ وفي الأصل التزوج من هذا القبيل قيل كأنه غلط والصحيح الطلاق من هذا القبيل وفي النهاية الصحيح التزوج من هذا القبيل قال كذا وجدته بخط شيخي ولأنه اعتبر في الكتاب في هذه المسألة فعل الشرط لا الجزاء به قال في الأيمان لو قال يوم أكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار إلى أن قال لأن الكلام لا يمتد ولأن الذكر الفعل إنما يستقيم من غير تأويل في أتزوجك لا في أنت طالق ولأن ذكر القران في قوله إذا قرن يدل على إرادة التزوج لا الطلاق لأن مقارنة اليوم له أقوى لأنه على وجه الإضافة والمضاف مع المضاف إليه كشيء واحد انتهى والأصوب الاعتبار الأول أعني اعتبار الجزاء كالطلاق هنا لأن المقصود بذكر الظرف إفادة وقوعه فيه بخلاف المضاف إليه فإنه وإن كان مظروفا أيضا لكن لم يقصد بذكر الظرف ذلك إنما ذكر المضاف إليه ليتعين الظرف فيتم المقصود من تعيين زمن وقوع مضمون الجواب ولا شك أن اعتبار ما قصد الظرف له لاستعلام المراد من الظرف الحقيقي والمجازي أولى من اعتبار ما لم يقصد له في استعلام حاله إلا أن بعض المشايخ تسامحوا فيما لم يختلف فيه الجواب أعني ما يكون به المعلق والمضاف إليه مما يمتد نحو أمرك بيدك يوم يسير فلان ولا يمتد كأنت حر يوم يقدم وطالق يوم أتزوجك فعللوا باعتبار المضاف إليه عدة والمحققون لم يقعوا في ذلك الإبهام ومن الشارحين من حكى خلافا في الاعتبار حيث عينه وهما ولذا نقل اتفاقهم على اعتبار المعلق فيما يختلف فيه الجواب لو اعتبر المضاف إليه وهو ما يختلف المعلق والمضاف إليه بالامتداد وعدمه كأنت حر يوم يسير فلان **فروع** قال أنت طالق إلى شهر تطلق إذا انقضى شهر وإن نوى وقوعه للحال وقع أو قبل قدوم زيد بشهر يقع إذا قدم زيد لشهر مقتصرا أو قال قبل موت زيد بشهر فمات لتمامه وقع مستندا عند أبي حنيفة وقالا مقتصرا على الموت وفائدة الخلاف تظهر في اعتبار العدة فعند أبي حنيفة يعتبر من أول الشهر ولو كان وطئها في الشهر يصير مراجعا إن كان الطلاق رجعيا ولو كان ثلاثا ووطئها في الشهر غرم العقر وعندهما تعتبر العدة في الحال لا يصير مراجعا بذلك الوطء ولا يلزمه عقر وقيل تعتبر العدة من وقت الموت اتفاقا احتياطا وكذا إذا طلقها بائنا أو ثلاثا أو خالعها في خلال الشهر ثم مات زيد لتمام الشهر وهي في العدة لا تقع الثلاث والبائن ويبطل الخلع ويرد الزوج بدل الخلع لظهور بطلان الخلع والبائن لسبق الطلاق بالاستناد وعندهما يقع الثلاث والبائن ويصح الخلع ويصير مع الخلع ثلاثا ولو مات زيد قبل تمام الشهر

فصل ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشئ وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او انا عليك حرام ينوى الطلاق فهى طالق وقال الشافعى رحمه الله يقع الطلاق فى الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت هى المطالبة بالوطى كما ملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا اليها كما يصح مضافا اليه كما فى الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هى الممنوعة عن التزوج بزوج آخر والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهى مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها

لا تعلق لعدم شهر قبل الموت ولو مات بعد العدة فيما اذا طلقها فى اثناء الشهر ثم وضعت حملها او لم تكن مدخولا بها فلم تجب عدة لا يقع لعدم المحل اذ المستقبل يثبت للحال ثم يستند كذا فى الجامع الكبير والاسرار هذا على تقدير كون الحكم هنا يثبت بطريق الاستناد وهو الاصح وقد قيل يثبت عنده بطريق التبيين ولو قال انت طالق قبل موتى او قبل موتك بشهر عندهما لا يقع شئ وترث منه لامتناع وقوعه مقتصرا كما هو مقتصر بعد الموت وعنده يقع مستندا حتى اذا كان صحيحا فى ذلك الوقت لا ترث منه وعليها العدة بثلث حيض والا اذا بانت قبل مضى تلك المدة لا يقع الطلاق ولها الميراث ولو قال آخر امرأة اتزوجها طالق او آخر عبد املكه حر فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات او ملك عبدا ثم عبدا ثم مات يقع الطلاق والعتق عنده مستندا الى وقت الملك والتزوج وعندهما مقتصرا حتى يعتبر العتق من جميع المال اذا كان صحيحا وقت الشراء فان كان مريضا فمن الثلث وفى الزوجة الاخيرة تطلق من حين تزوجها حتى لا يلزمها العدة ان لم يكن دخل بها ولا ميراث لها وان دخل بها فعليها العدة ولها الميراث والفرق لابى حنيفة بين القدوم والموت ان الموت معرف والجزاء لا يقتصر على المعرف كما لو قال ان كان فى الدار زيد فانت طالق فخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم وهذا لان الموت فى الابتداء يحتمل ان يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت اصلا فاشبه سائر الشروط فى احتمال الخطر فاذا مضى شهر فقد علمنا بوجود شهر قبل الموت لان الموت كائن لا محالة الا ان الطلاق لا يقع فى الحال لانا نحتاج الى شهر يتصل بالموت وانه غير ثابت ثم الموت يعرفه ففارق من هذا الوجه الشرط فاشبه الوقت فى قوله انت طالق قبل رمضان بشهر فعملنا بالشبهين الظهور والاقتصار وهو الاستناد ولو قال قبل رمضان بشهر يقع اول شعبان اتفاقا ولو قال لهما اطولكما حياة طالق الساعة لم يقع حتى يموت احدهما فاذا مات طلقت الاخرى مستندا عنده ومقتصرا عندهما

فصل فيه متفرقات من الايقاع لانه لم يقيد جهة البحث فى مسائله بعارض واحد **قوله** ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشئ وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوى الطلاق فهى طالق وبقولنا قال احمد وقال الشافعى رحمه الله ومالك رحمه الله يقع الطلاق فى الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح اى الملك الذى يوجبه النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطى كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما حتى حل لكل الاستمتاع بصاحبه والطلاق لازالته فيصح مضافا الى كل منهما وقوله وضع لازالتهما الضمير للتمكين المدلول عليها بقوله مشترك لان المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه وهذا التعليل غير مرضى عند اكثر اصحابه قالوا لو كان كذلك لم يحتج الى نية كالاضافة اليها والمختار عندهم ان على الزوج حجرا من جهتها حتى لا ينكح اختها واربعا سواها فتصح اضافته اليه باعتبار رفع ذلك القيد لكن اضافة الطلاق اليه غير متعارف فاحتيج الى نية ولا يخفى انه يندفع ما اورده على الاول بالنكتة الاخيرة اذ يقال تتميما للاول انما احتاج الى نية فى الاضافة اليه لانه غير متعارف **قوله** ولنا تحقيقه ان الطلاق لازالة الملك الثابت بالنكاح او القيد فمحل الطلاق محلهما وهى محلهما دونه فالاضافة اليه اضافة الطلاق الى غير محله فيلغو بيان انها المحل انها هى المقيدة بالنكاح عن الخروج وعن الرجال دونه وملكها عليه انما هو فى المال كالمهر وهو بدل ملكه لا مور ترجع الى نفسها فهى المملوكة دونه ولهذا ملك هو التزوج بالكتابية ولم تملكه هى بالكتابى والنفقة بدل حبسها ايام العدة الذى يثبت لها تبع للحل الذى ثبت له فانه لما ملك الوطء وجب عليها التمكين من ضرورته حل استمتاعها به وليس المحل هو القيد الذى هو مورد الطلاق بل المحل اثره حسب ما حققناه فى باب ايقاع الطلاق من ثمة المنع الشرعى والثابت اثر النكاح ويرجع الى ما تقدم من ان المثابت تبعا لا يكون محلا للطلاق بخلاف الابانة لانها اى لفظها موضوع لازالة الوصلة ووصلة النكاح

لو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء قال رضي الله عنه هكذا ذكره في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
آخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق
واحدة او لا شيء ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد روايتان له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول
كلمة او بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع
فلا يقع ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا طلقت ثلثا
ولو كان الوقوع بالوصف لغى ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر واذا كان
الواقع ما كان العدد مقرونا به كان الشك داخلا في اصل الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى
حالة منافية للاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك الزوج امرأته او شقصا منها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة لانه
للمنافاة بين الملكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي

شرك بينهما ثمت فلما انتهى الى كل منهما بحقيقتها بخلاف التحريم لانه اثباته الكل وهو مشترك فصح كذلك حاله بحقيقته وسيأتي تمامه في الكنايات ولا بد
ن احتشام وخاصة فليس موجبه كما هو بل حجر شرعي ثابت ابتداء عن الجمع بين الاختين وعن مس الاخت للنكاح ولهذا الوتر وجماع مع اختها معا او ضم
ما سوا الا يجوز **قوله** ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء وكذا انت طالق او غير طالق او طالق او لا وبه قال الائمة الاربعة قال المصنف هكذا ذكره
في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية كذا ذكر قول محمد
في كتاب الطلاق من المبسوط فيما اذا قال انت طالق واحدة او لا شيء او ثنتان او لا شيء انه لا يقع عليها شيء عند ابي يوسف وعند محمد تطلق واحدة رجعية
ولا فرق بين المسئلتين وهي طالق واحدة او لا وواحدة او لا شيء وحصل الخلاف في الاصل بين ابي يوسف ومحمد ولم يذكر قول ابي حنيفة لكن قول صاحب الاجناس نقل
ره معه في الجرجانيات ولو كان المذكور ههنا قول الكل بسبب انه لم يذكر خلافا فعن محمد روايتان والاوجه كون الروايتين في المسئلتين وذلك لانه
ح بخلافه في مسئلة او لا شيء فدل على وفاقه في هذه وهي مسئلة او لا واذ فرق بينهما كان وفاقه هنا رواية في وفاقه في او لا شيء وخلافه هنا رواية
مسئلة او لا **قوله** له اي لمحمد في ايقاعه به واحدة على هذه الرواية انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي فيسقط اعتبار
الواحدة ويبقى قوله انت طالق يقع به واحدة بخلاف قوله انت طالق او لا او طالق او غير طالق لا يقع به بالاتفاق لانه ادخل الشك في اصل الايقاع
لهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان الوصف متى قرن بذكر العدد كان الوقوع بذكر العدد واستدل على هذا بآثار اجماعية منها انه لو قال لغير المدخول
انت طالق ثلثا تطلق ثلثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث لانها بانت بطالق لا الى عدة فلم يبق محلا لوقوع الزائد ومنها انه
قال انت طالق واحدة ان شاء الله لم يقع شيء ولو كان الوقوع بالوصف كان قوله واحدة فاصلا بين الاستثناء والمستثنى منه فلم يعمل
منها لو ماتت قبل العدد واحدة او ثلث لم يقع شيء وقوله وهذا لان الواقع في الحقيقة هو المنعوت في العدد وهو المحذوف اي طالق تطليقة
واحدة او طلاقا او تطليقا ثلثا كما قرره في اول الباب اما على الانشاء فلا وقد رجع المصنف الى طريقة الانشاء في الفصل الذي قبل هذا في مسئلة انت طالق
مع قد تزوجها اول من امس فارجع اليه ولوجه هنا تم بدون ذلك وهو ما ذكرنا من المسائل الاجماعية الدالة على ان الواقع العدد وعند ذكره
الوصف **قوله** ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له وهو موته وموتها لان موته
في الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد من الاهلية في الموقع والمحلية في الموقع عليها وانما كان حالة موت احدهما منافية للنكاح لانها حالة ارتفاع النكاح ووقوع
الطلاق يستدعي حال استقراره والمعنى على تعليقه بالموت وان كانت حقيقته مع للقران الا ترى انه لو قال انت طالق مع دخولك الدار تعلق
ويستدعي وقوعه تقدم الشرط وهو الموت فيقع بعد الموت وهو باطل **قوله** واذا ملك الرجل امرأته او شقصا منها اي سهما بان كان تزوج
امة لغيره ثم اشتراها جميعها منه او سهما او وهبها او ورثها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه بان تزوجت حرة عبد الغير ثم اشترته جميعه
او سهما منه او وهبه لها او ورثته وقعت الفرقة بينهما فسخا للمنافاة بين الملكين ملك الرقبة وملك النكاح اما في ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية
والمملوكية فيها وقد تقدم تقريره في فصل المحرمات وتحريره فارجع اليه واما في ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري لان اثباته على الحرة
ضرورة لبقاء النسل وكان ملك النكاح في الاصل مع المنافي وهو حرية المملوكية للضرورة وقد اندفعت الضرورة بقيام ملك اليمين لثبوت الحل
اقوى به فيرتفع الاضعف الضروري للاستغناء عنه وهذا ظاهر في ملك الامة كلها واما في ملك بعضها فاقيم ملك اليمين مقام الكل لانه سببه احتياطا

ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هنالك حتى حل وطيها له وان قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين فيملك الرجعة وهذا لان كلمة مع للقران فلما قدمناه كونه للتأخر كما في قوله تعالى ان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط

وهذا بخلاف المكاتب اذا اشترى زوجته لا تقع بينهما فرقة لانه لم يثبت له فيها حقيقة ملك لقيام الرق بل الثابت له حق الملك وهو لا يمنع بقاء النكاح **قوله** ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه كما في ملك البعض ولا من كل وجه كما في ملك الكل وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد يقع لانه لا فرق بين الفصلين في عدم الوقوع في ظاهر الرواية والمنقول عن محمد في هذا الفصل في المنظومة من الوقوع فيما اذا اعتقها اما اذا لم يعتقها حتى طلقها لا يقع الطلاق بالاتفاق وتفصيل محمد على هذا انه لا عدة هناك عليها يعني منه حتى حل له وطيها بملك اليمين وظاهره انه يحل تزويجها اياه كما حل له وطؤها لعدم العدة وقد قيل بنقله في الكافي وقال لو زوجها سيدها الذي كان زوجها جاز ثم قال والصحيح انه لا يجوز تزويجها من آخر قال فعلم انه لا يجب العدة عليها في حق من اشتراها وفي حق غيره روايتان وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم عن الماء وستيقن استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب للحل واذا عرفت هذا فعلى ما هو الصحيح يعني عدم التفصيل لمحمد اذ قد ظهر ان العدة هناك ايضا قائمة غير انها لا تظهر في حقه وجه قول ابي يوسف رح ان الفرقة متى وقعت بسبب التنافي تخرج المراة من ان تكون محلا للطلاق واذا خرجت من المحلية فحاجتنا الى اثبات المحلية ابتداء بعد العتق وبمجرد العدة لا تثبت المحلية ابتداء كما في النكاح الفاسد واعلم ان شمس الائمة حكى في المبسوط الخلاف على عكس هذا ولم يحفظه بما اذا ملكته بل اجراه في الفصلين فانه ذكر مسئلة المهاجرة وهي ما اذا هاجرت فانفسخ نكاحها ثم هاجر بعدها وهي في العدة على قولهما لم يقع طلاقه فقال في المبسوط وقيل هذا قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد فاما على قول ابي يوسف الاخر يقع طلاقه ثم قال وهو نظير ما لو اشترى الرجل امراته بعدما دخل بها ثم اعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه الاول وهو قول محمد وفي قول ابي يوسف الاخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المراة زوجها يعني فاعتقته فحكى الخلاف في الصورتين **قوله** وان قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الرجعة لانه علق التطليق اذ هو سبب حقيقة بالاعتاق او العتق لان اللفظ اعني العتق ينتظمها اي ينتظم الاعتاق الذي هو فعله والعتق الذي هو وصفها اثره ومعنى الانتظام هنا انه اراده يحل منهما على البدل لا على الشمول لمنع انتظام اللفظ الواحد المعنى الحقيقي والمجازي في اطلاق واحد والاعتاق معنى مجازي للعتق وهو فيه اسم الحكم للعلة وعلى هذا فاعماله في لفظ اياك على اعتبار ارادة الفعل به اعمال المستعار للمصدر او على اعتبار اعمال اسم المصدر كاعجبني كلامك زيدا اما على التجويز الآخر وهو ان يراد العتق الذي هو اثره فمشكل لانه قاصر وانما يعمل في المفعول المتعدي وجعل اعمال العتق اسما للمصدر يرده الى الوجه الاول لانه يصير معبرا به عن الاعتاق فلم يكن التعليق الا بالاعتاق فقط والوجه الثاني هو ان لا يكون كذلك بل عن العتق هذا معنى الاشكال لم يذكره في الكافي لافظ الدين والعجب مما ذكر في جوابه من قول من قال لا يشكل لانه لما علق التطليق بالاعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل منه واين هذا من صحة الاعمال وايضا كان الوجه ان يقول المص بالاعتاق والعتق بالواو لا باو وحاصل تقرير المسئلة ان مع قد تذكر للمتاخر تنزيلا له منزلة المقارن لتحقيق وقوعه بعده ونفي الريب عنه كما في الآية ان مع العسر يسرا فصارت محتملة لذلك وان كان حقيقة خلافه فيصار اليه بموجب وقد تحقق وهو اناطة ثبوت حكم على ثبوت معنى مدخولها المعدوم حال التكلم وهو على خطر الوجود فان الاناطة كذلك هو معنى التعليق ومعنى مدخولها المعدوم كائنا على خطر الوجود ومن حيث بناها بوجوده حكم هو معنى الشرط فلزم كون الاعتاق او العتق شرطا للتطليق فان كان الاعتاق فيوجد تطليق الثنتين بعده مقارن للمتاخر عن الاعتاق ويقع الطلاق المتاخر عن التطليق بعده فيصادفها وهي حرة فيملك الزوج الرجعة وان كان العتق

ولو قال لها اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق وانما ينعقد المعلق سبباً عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارناً للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا يقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان

فالظهر بهذا التقرير المصنف رحمه الله وقيل عليه المعلول مع العلة يقترنان كالكسر مع الانكسار في الخارج فالعتق مع الاعتاق والطلاق مع التطليق يقترنان بل يوجد انه قرن الطلاق بالاعتاق فيكون مقروناً بالعتق وهو وصف الرق ووجود احد الضدين مستلزم زوال الضد الاخر ولا يبقى زوال الرق ووجود الاخر اذ لا يصح ان يقال وجد السكون فزالت الحركة او وجد الحركة فزال السكون لانه يستلزم اجتماع الضدين بل وجود احدهما يقترن بزوال الاخر فيثبت زوال الرق مع العتق فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهي حالة زوال الرق فلا يوجب التطليقتان حرمة غليظة في الحرة فيملك الرجعة وهذا يبتني على احد القولين في ان المعلول مع العلة في الخارج او يعقبها بلا فصل وعلى ان حالة الدخول في الوجود كحالة الوجود وبعد تقرره وعدم خروجه عن المقارنة واطبق العقلاء على ان الشي زمن ثبوته ليس بثابت وانت قد علمت ان المبنى على خروجها وتقرر الشرط والجزاء يعقبه اذ ليس معه حرية العتق علة للطلاق بل علة الطلاق تعلق عنده وسنذكر ما عندنا في العلة والمعلول وارد على هذا ما لو قال لاجنبية انت طالق مع نكاحك حيث ياتي فيه التقدير المذكور مع انه لا يقع اذا تزوجها واجيب بانه للمانع وهو عدم ملكه ذلك وانما يملك اليمين فاذا الزم بذكر حرف اعني ان نحو فان قال ان تزوجتك فانت طالق صح ضرورة صحة اليمين ويرجع هذا الى انه انما يملك التعليق الصحيح قبل النكاح بخلاف ما بعده ولقائل ان يقول الدليل انما قام على ملكه اليمين المضافة الى الملك فتعلق بما يوجب معناها كيف ما كان اللفظ والتقييد بلفظ خاص بعد تحقق المعنى تحكم ولذا قال في الدراية هذا الجواب لم يتضح لي فانه يملك تعليق الطلاق بالنكاح ويمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغي ان يحمل عليه قوله ولو قال اي لامرأته الامة اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال لها المولى اذا جاء غد فانت حرة في الغد لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وعدتها ثلث حيض حتى ولم يذكر الاختلاف على رواية ابي سليمن بل على رواية الشيخ ابي حفص وجه هذه الرواية ان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى عتقها والمعلق انما ينعقد سبباً عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لان علة اصله الاستطاعة مع الفعل الذي يقام بها يقترنان في الخارج فيكون التطليق الذي هو السبب مقارناً للعتق المقارن للاعتاق فتطلق بعد العتق وصار كالمسئلة الاولى ولهذا التقرر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها امة فكذا الطلاق والطلقتان يحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى فانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة ثم رد المصنف رحمه الله قول محمد رحمه الله بقوله ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان اي فيقترن الطلاق بالعتق فيصادفها على ما صادفها عليه العتق وهي امة فتحرم وحقيقة محل الغلط في تقرير محمد من جعل العتق شرطاً على ما يعطيه قوله والمعلق انما ينعقد سبباً عند الشرط يعني ولا ينعقد التطليق سبباً الا عند وجود العتق المقارن للاعتاق لكنه ليس كذلك بل الشرط مجي اليوم كما هو الشرط في الاعتاق فان كانت العلة مع المعلول يلزم ان يقترن كل من التعليق والاعتاق والطلاق والعتق فينزل الطلاق حسب ما ينزل العتق وهي امة فتحرم حرمة غليظة واذ قد بعد هذا التوجيه لمحمد وجه بتوجيهات اخر اي احدها انه اعتبر قول القران في العتق والتعاقب في الطلاق في هذه المسئلة لكون الاعتاق مندوباً فليعتبر سرعة نزوله والتطليق محظور فيعتبر متاخراً نظيره المبيع الصحيح ينزل الملك فيه بمجرد العقد والفاسد يتاخر فيه الى القبض للحظر وتوضيحه انه ينزل عند وجود الغد التعليق والاعتاق والعتق مقترنة وينزل الطلاق بعدها وهي حرة فهذه تبتنى لتبيين علم ان العقلاء اختلفوا في العلة مع المعلول فذهب

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وإن أشار بواحدة فهي واحدة وإن أشار بالثنتين فهي ثنتان لما قلنا والإشارة تقع بالمنشورة منها وقيل إذا أشار بظهورها فبالمضمومة منها وإذا كان تقع الإشارة بالمنشورة منها فلو نوى الإشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا إذا نوى الإشارة بالكف حتى يقع في الأولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لأنه يحتمله لكنه خلاف الظاهر

طائفة إلى أن المعلول يعقبها بلا فصل والجمهور على أنهما معا في الخارج وطائفة منهم خصوا العلل الشرعية فجعلوا ما يستعقب المعلول لأنها اعتبرت كالأعيان باقية فأمكن فيها اعتبار الأصل وهو تقدم المؤثر على الأثر بخلاف الاستطاعة مع الفعل لأنها عرض لا يبقى فلم يمكن اعتبار تقديمها وإلا بقي الفعل بلا قدرة والذي يختاره التعقيب في العلل الشرعية والعقلية حتى إن الانكسار يعقب الكسر في الخارج غير أنه لسرعة تعاقبه مع قلة الزمن إلى الغاية إذ كان آنيا لم يقع تمييز لتقدم والتأخر فيهما وهذا لأن المؤثر لا يقوم به التأثير قبل وجوده وحالة خروجه من العدم لم يكن ثابتا فلا بد من أن تكمل هويته ليقوم به ما رتبه وإلا لم يكن مؤثرا والله أعلم وثانيهما أن المعلق كالمرسل عند الشرط فكأن المولى والزوج أرسلا عتقا وتطليقا في وقوع الأوجز وأنت حرة أو جزء من أنت طالق ثنتين فتطلق بعد الحرية ثنتين فلا تحرم بهما وثالثها أنهما لما تعلقا بشرط واحد طلقت فيها فيصادفها حرة لاقترانهما وجودا ولأن الملك كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك قلنا التعليق بشرط واحد يقتضي أن يصادفها على الحالة التي صادقها عليها التعليق وهي الرق فتغلظ الحرمة بلا شك فيبطل الأخير واطباق العقلاء على أن الشيء زمن خروجه من العدم ليس بثابت فانتفى ما قبله والوقوع عند الشرط لا يتوقف على مضي قدر التملك من الزمان بل مجرد ثبوته لينزل في أول أن يعقبه لأنه نزول حكم فيبطل ما قبلها ورفع الأثر في البيع لما أمكن هو مطلوب شرعا آخر إلى غاية تناسب التأخير إليها يعني القبض الذي له شبه بالعقد على ما عرف في الفصل الذي يلي باب المهر وما نحن فيه فلو أمكن لم يمكن بعد وجود الشرط غاية تناسب اعتبار تأخر ثبوته إليها كما هو في البيع فكيف وهو غير ممكن الرفع والدفع فلا فائدة في تأخيره بل هو مخل بالاحتياط فيبطل الأول

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه **قوله** قال من لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلث طعن على محمد في لفظ السبابة إذ الاسم الشرعي المسبحة وأجيب بأن في بعض النسخ السباحة وبأنه ورد أيضا في رواية ابن عباس رضي الله عنه في صفة طهوره صلى الله عليه وسلم أدخل السباتين في أذنيه كما قدمناه في كتاب الطهارة وبأن الأعلام لا توجب تحقق معانيها في مسمياتها وهذا ضعيف فإن الاعتراض ليس باعتبار تحقق المعنى بل بالعدول عن الاسم الشرعي إلى الشنيع والدفع برواية ابن عباس رضي الله عنه بناء على الظاهر من نقل الحديث باللفظ وإلا لو قيل كان الاسم الشرعي المسبحة يوجب كون الحديث نقلا من بعض الرواة بالمعنى حملا على تحامي ابن عباس رضي الله عنه فالأولى بعبارة تلك النسخ ونسبة غيرها إلى التصحيف وإن كانت هي أيضا غلطا لغة من جهة الاشتقاق لأن الفعل سبح وفعال سالفة في فاعل وليس منه فاعل بل الوصف منه سبح وأما سباح فإنما هو من سبح في الماء سباحة ثم شرع في الوجه فقال لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم يعني لفظ هكذا وهذا غلط لفظا ومعنى فلان التي يكنى بها عن العدد كذا ولم يستعمل فيها ها التنبيه والمستعمل بها ما يقصد فيه معاني الأجزاء نحو أكذا عرشك يقصد بالهاء التنبيه وبالكاف التشبيه وبذا الإشارة وهذا هو المراد هنا في الحديث فقوله أنت طالق هكذا التشبيه بالعدد والمشار إليه هو العدد المفاد كميته بالأصابع المشار إليها بخلاف كذا لكن فإنها لم تقصد فيها معاني الأجزاء بل كلمة مركبة للدلالة على عدد مبهم الجنس وغيره كما في المحيط يقال للعبد تذكر يوم كذا وكذا وخلعت كذا وكذا ثم مميزه ليس إلا ما يبين الجنس لأنها وضعت لقصد إبهام الكمية نحو ملكت كذا عبدا ولا يقال كذا درهما عشرين ولا كذا عشرين درهما فليس في استعمال الأعراب وهذا هو تحقيق المعنى **قوله** قال صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا الخ عن ابن عمر رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال إنا أمة أمية لا نكتب ولا نحسب الشهر هكذا وهكذا وهكذا وعقد الإبهام في الثالثة والشهر هكذا وهكذا وهكذا يعني تمام ثلثين متفق عليه وإن أشار بواحدة فهي واحدة وإن أشار بالثنتين فهي ثنتان لما قلنا والإشارة تقع بالمنشورة

ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة والشدة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رحمه الله يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله لفظه الا ترى ان البينونة قبل الدخول بها وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى يقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوأه لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة حيض فلا بد من النية

ولو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف في الدراية الاشارة بالكف ان تقع الاصابع كلها منشورة فالذي يثبت بالنية منه ان يكون الاصابع الثلث منشورة فقط حتى تقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه تحتمله لكنه خلاف الظاهر وقيل ان اشار بظهورها بان جعل باطنها اليه وظاهرها الى المرأة فبالمضمومة وقيل ان كان بطن كفه الى السماء فبالمنشورة وان كان الى الارض فبالمضمومة وقيل ان كان نشرا عن ضم فبالمنشورة للعادة فقط وهذا قريب والمعول عليه اطلاق المصنف ولا يخفى في ان قوله الابهام والسبابة والوسطى ليس بقيد **قوله** ولو لم يقل هكذا يعني قال انت طالق واشار باصابعه الثلث ولم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم وعرف ان الصواب ان يقال لانه لم يقترن بالتشبيه المتقدم **قوله** واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة او الزيادة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رحمه الله يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول وبقوله قال مالك واحمد لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو لانه تغيير المشروع فصار كسلام من عليه السهو بقصد القطع لا يعمل قصده ويجب عليه سجود السهو وكقوله وهبتك على ان يثبت الملك قبل القبض وطالق على ان لا رجعة لي عليك قلنا انه وصف الطلاق بما يحتمله وهو البينونة فانه يثبت به البينونة قبل الدخول في الحال وكذا عند ذكر المال وبعده بعد العدة فيقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من ان اسم الواحد لا يحتمل العدد المحض ولو سلم فالفرق ان لا رجعة تصريح بنفي المشروع وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة فلم ينف الرجعة صريحا الا انه ضمنا ويرد عليه انه لو احتمل البينونة لصح ارادتها بطالق وتقدم في ايقاع الطلاق عدم صحتها واجيب بان عمل النية في الملفوظ لا في غيره ولفظ بائن ما صار ملفوظا بالنية بخلاف طالق بائن وفيه نظر اذ ليس معنى عمل النية في الملفوظ الا توجيهه الى بعض محتملاته فاذا فرض للفظ ذلك صح عمل النية فيه وقد فرض لطالق ذلك فتعمل فيه النية ولا يكون عاملة بلا لفظ بل بالبعض هذا الجواب اقتضاء طالق بائن في وقوع البينونة الى النية وليس كذلك ان قلنا في الجواب عدم صحة النية ليس لعدم الاحتمال بل لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة ويرد عليه المصرح به كما يرد عليه تغيير المشروع كما منع من صحة النية يجب ان يمنع من صحة اللفظ اذا كان مغيرا له لو كانت البينونة بلفظ بائن على انه وصف للمرأة كطالق لا وصف للطلاق كما في كلام المصنف لانه اذا جعلناه وصفا للمرأة تقع ثنتان في هو ما ذكره المصنف بقوله ولو عنى بانت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى تقع تطليقتان بائنتان على ان التركيب حينئذ غير لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع ولو امكن ان يقال لا ايقاع سابق منها لها وطالق قرينته فاستغنى به عن النية فلم يحتج اليها كما يحتاج الى النية لو افرد ولم يبعد لكن فيه ما فيه ثم بينونة الاولى ضرورة بينونة الثانية اذ معنى الرجعي كونه بحيث يملك رجعتها وذلك منتف باتصال البائنة الثانية فلا فائدة في وصفها بالرجعية وكل كناية قرنت بطالق يجري فيها ذلك فيقع ثنتان بائنتان **قوله** وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على انت طالق بائن في الاحكام الاربعة وقوع الواحدة بائنة اذا لم ينو شيئا او نوى ثنتين والثلث بالنية ولو عنى بطالق واحدة وبافحش الطلاق اخرى تقع ثنتان وانما وقع البائن لانه اي الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو قطع النكاح في الحال في البائن وموجلا بالانقضاء في الرجعي وافعل للتفاوت وهو يحصل بالبينونة فانه افحش مما يثبت به موجلا اعني الرجعي فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوأه او اشره او احسنه او اكبره او اغلظه او اطوله او اعرضه او اعظمه كلها مثل افحشه وسنذكر جوابا انه لم يقع ثلث وكذا طلاق الشيطان وكذا الطلاق البدعة يقع به واحدة بائنة بلا نية لان الرجعي هو السني فيكون البدعي وطلاق الشيطان هو البائن و

وعن محمد رحمه الله أنه إذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيا لأن هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك وكذا إذا قال كالجبل لأن التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك بإثبات زيادة الوصف وكذا إذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال أبو يوسف رحمه الله يكون رجعيا لأن الجبل شيء واحد فكان تشبيها به في توحده ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهي واحدة بائنة إلا أن ينوي ثلاثا أما الأول فلأنه وصفه بالشدة وهو البائن لأنه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض أما الرجعي فيحتمله وإنما تصح نية الثلاث لذكره المصدر وأما الثاني فلأنه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة وفي العدد أخرى يقال هو كألف رجل ويراد به القوة فتصح نية الأمرين وعند فقدها يثبت أقلهما وعن محمد رحمه الله أنه يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما إذا قال أنت طالق كعدد ألف

وفي عبارته تساهل إذ ليس الرجعي هو السني بل أعم لأنه لو طلقها في الحيض كان رجعيا وليس سنيا وعن أبي يوسف رحمه الله في قوله أنت طالق للبدعة لا يكون بائنا إلا بالنية لأن البدعة قد يكون من حيث الإيقاع في الحيض كما يكون بالبينونة فلا بد من النية ولو قال أقبح الطلاق فعند أبي يوسف رحمه الله رجعي لاحتمال القبح الشرعي والطبعي بأن يطلقها في وقت يكره فيه الطلاق طبعا كذا ذكر وكأنه الطهر الخالي عن الجماع فيجتمع الكراهة الطبعية والشرعية أو يراد وقت تتعلق نفرة العلماء فيه عن الطلاق وعند محمد رحمه الله بائن حملا له على المنهي عنه **قوله** وعن محمد أنه قال إذا أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيا لما ذكرنا في وجه الرواية عن أبي يوسف رحمه الله **قوله** وكذا إذا قال كالجبل لأن التشبيه بالجبل يوجب زيادة العظم ويحصل بإثبات زيادة الوصف البينونة وكذا إذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال أبو يوسف رحمه الله يكون رجعيا لأن الجبل شيء واحد فكان التشبيه في توحده يعني تمكن ذلك فلا تثبت البينونة بالشك قلنا المعروف الذي هو كالصريح أن التشبيه بالجبل إنما يراد في الثقل والعظم فيثبت المشتهر قضية اللفظ وتتوقف الواحدة على النية بينه وبين الله تعالى أما القاضي فلا يصدقه فيها **قوله** ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهي واحدة بائنة إلا أن ينوي ثلاثا أما الأول وهو قوله أشد الطلاق فلأنه وصفه بالشدة فإن قيل بل بالأشدية فيجب وقوع الثلاث وكذا كل ما كان مثله مثل أقبح الطلاق أجيب بأن أفعل يراد به أيضا الوصف كقولهم الأشج والناقص أعدلا بني مروان أي عادلاهم فلا يحمل على الثلاث بالاحتمال ولا يخفى أن الاعتبار للظاهر ولذا أثبت البائن في الجبل مع احتمال إرادة كون وجه التشبيه الوحدة والأوجه أن هذا الاحتمال يحمل ظاهر الحرمة الثلاث فيصار إلى الواحدة البائنة وتتوقف الثلاث على النية ثم قوله وإنما تصح نية الثلاث لذكره المصدر فإن المعنى طالق طلاقا هو أشد الطلاق وإلى حاصل أن أفعل التفضيل بعض ما أضيف إليه فكان أشد معبرا به عن المصدر الذي هو الطلاق وأما الثاني وهو قوله كألف فقد يراد به التشبيه في القوة كما يقال زيد كألف رجل أي بأسه وقوته كبأسهم وقوتهم وقد يراد التشبيه في العدد فيصير كما لو نص على العدد فقال كعدد الألف وقدر عدد الألف وفيه يقع ثلاثا اتفاقا وقد يراد التشبيه في القوة فتصح نية كل من الأمرين وعند فقدها يثبت أقلهما وعند محمد رحمه الله يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فيصير كقوله طالق كعدد ألف ومعلوم أن التشبيه بالعدد وليس له معنى في خصوص الكمية وإلا لقال أنت طالق ألفا إذ لا معنى لقوله ألف تشبيه بهذا الألف فإنه يستقيم في الكثرة أي طالق عددا كثيرا ككثرة الألف والكثرة التي تشبه كثرة الألف ما يقاربها فلا بد أن يزيد على اثنين فيقع الثلاث فأما كون التشبيه به في القوة أشهر فلا يقع الآخر إلا بالنية بخلاف كعدد الألف وعلى هذا الخلاف مثل ألف ولو قال واحدة كألف فهي واحدة بائنة بالإجماع ولو شبه بالعدد فيما لا عدد له فقال طالق كعدد الشمس أو التراب ومثله فعند أبي يوسف رحمه الله رجعية واختاره إمام الحرمين من الشافعية لأن التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو إذ لا عدد للتراب وعند محمد رحمه الله يقع الثلاث وهو قول الشافعي وأحمد رحمه الله لأنه يراد بالعدد إذا ذكر الكثرة وفي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله واحدة بائنة لأن التشبيه يقتضي ضربا من الزيادة كما مر ولو قال مثل التراب يقع واحدة رجعية عند محمد رحمه الله وعنه في كالنجوم تقع واحدة وكعدد النجوم ثلاث والفرق له بين هذا وبين قوله كألف أن الألف موضوع للعدد فيكون التشبيه به للكثرة بخلاف النجوم فيحتمل التشبيه في النور ولو قال كثلث فهي واحدة بائنة عند أبي يوسف رحمه الله وثلث عند محمد كما لو قال كعدد ثلث وهذا ضعيف لأنه تشبيه العدد بالعدد في خصوص الكمية وفيه ما ذكرناه آنفا وفي كافي الحاكم لو قال أنت طالق أكثر الطلاق فهو ثلث لا يدين فيها إذا قال نويت واحدة انتهى ولو أضافه إلى عدد معلوم النفي كعدد شعر بطن كفي أو مجهول النفي والإثبات كعدد شعر إبليس ونحوه يقع واحدة أو من شأنه الثبوت لكنه كان زائلا وقت الحلف لعارض كعدد شعر ساقي أو ساقك

وأما الثالث فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملؤه لكثرته فأي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية يثبت الأقل ثم الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أنه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا أي شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر لما أن التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند أبي يوسف رحمه الله إن ذكر العظم يكون بائنا وإلا فلا أي شيء كان المشبه به لأن التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد أما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر رحمه الله إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا وإلا فهو رجعي وقيل محمد رحمه الله مع أبي حنيفة رحمه الله وقيل مع أبي يوسف رحمه الله وبيانه في قوله مثل رأس الإبرة مثل عظم رأس الإبرة ومثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الأمر طول وعرض وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقع بها رجعية لأن هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن

فصل في الطلاق قبل الدخول وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن عليها لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقا ثلاثا على ما بيناه فلم يكن قوله أنت طالق إيقاعا على حدة فيقعن جملة

وقد يصور لا يقع لعدم الشرط **قوله** وأما الثالث هو قوله ملء البيت فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملؤه لكثرته فأي ذلك نوى صحت نيته وعند عدم النية يثبت الأقل وهو ظاهر **قوله** ثم الأصل أنه إذا وصف الطلاق بما لا يوصف به يلغو الوصف ويقع رجعيا نحو طلاقا لا يقع عليك أو على أن لي الرجعة وإن كان يوصف به تماما أن لا ينبئ عن زيادة في أثره كقوله أحسن الطلاق سنة أجمله أعدله خيره أكمله أتمه وأفضله فيقع به رجعيا ويكون طالقا للسنة في وقت السنة وإن نوى ثلاثا صح ثلث للسنة وفي مختصر الطحاوي لو قال أنت طالق تطليقة حسنة أو جميلة كانت طالقا لكن حيضها حائضا كانت أو غير حائض ولم تكن هذه التطليقة للسنة قال وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف رحمه الله أنها طالق تطليقة للسنة كما لو قال أنت طالق أحسن الطلاق أو ينبئ كأشده وأطوله فيقع بائنا وأما التشبيه فكلهم على أنه بائن عند أبي حنيفة رحمه الله أي شيء كان المشبه به كرأس إبرة وكحبة خردل وكسمسمة لاقتضاء التشبيه الزيادة وعند أبي يوسف رحمه الله إن ذكر العظيم فكذلك وإلا فرجعي أي شيء كان المشبه به ولو كان عظيما لأن التشبيه قد يكون من حيث التوحيد والتجريد والعظم للزيادة لا محالة وعند زفر رحمه الله إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس فبائن وإلا فرجعي ذكر العظم أو لا وبيان الأصول في مثل رأس إبرة عند أبي حنيفة رحمه الله بائن وعند أبي يوسف رجعي إلا أن يقول كعظم رأس إبرة فهو بائن وعند زفر رحمه الله رجعية وفي كالجبل بائن عند أبي حنيفة رحمه الله وزفر رجعي عند أبي يوسف رحمه الله إلا أن يقول كعظم الجبل ولو قال مثل عظمه فهو بائن عند الكل وقول محمد رحمه الله قيل مع أبي حنيفة وقيل مع أبي يوسف هذا كله عند عدم النية أما لو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لأن الواقع بها بائن والبينونة تتنوع إلى غليظة وخفيفة وفي شرح الكنز كالثلج بائن عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله إن أراد بياضه فرجعي وإن أراد به برده فبائن انتهى وهذا يقتضي أن أبا يوسف رحمه الله لا يقصر البينونة في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة وكذا بعيد كل البعد يقع بائن عند أبي حنيفة رحمه الله ولو قال أنت طالق كأعدل الطلاق كالسنة كأحسنه والله سبحانه أعلم **قوله** ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه هو البائن وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الأمر طول وعرض فهو البائن أيضا وعن أبي يوسف أنه يقع بها رجعية لأن هذا الوصف لا يليق به فيلغو وفي الكافي للحاكم لو قال أنت طالق طول كذا أو كذا أو عرض كذا أو كذا فهي واحدة بائنة ولا يكون ثلاثا وإن نواها لأن الطول والعرض يدل على القوة لكنهما لا يكونان للشيء الواحد فكأنه قال طلقة واحدة طولها كذا وعرضها كذا فلم تصح نية الثلث **قوله** ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة إلخ أراد بالفصول ما ذكره من قوله طالق بائن أو البتة أو أفحش الطلاق أو أخبثه أو أسوأه أو طلاق الشيطان أو البدعة وأشده كألف وملء البيت ومثل رأس إبرة ومثل الجبل وطالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لأنها كلها بوائن والبينونة تتنوع إلى خفيفة وغليظة وكذا ذكره الصدر الشهيد وقال العتابي الصحيح أنه لا تصح نية الثلث في طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لأنه نص على التطليقة فإنها تتناول الواحدة ونسبه إلى شمس الأئمة ووجه بأن النية إنما تعمل في المحتمل والتطليقة تنبئ الوحدة ولا تحتمل الثلث

فصل في الطلاق قبل الدخول لما كان النكاح للدخول كان الطلاق بعده على الأصل لأن الأصل حصول غرض الشيء بعد وجوده وقبله بالعوارض فقدم ما بالأصل على ما بالعوارض **قوله** وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول وقعن عليها لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقا أي تطليقا ثلاثا على ما بيناه في الفصل في باب إيقاع الطلاق أن الواقع عند أنت طالق مصدر هو تطليق ثبت مقتضى وهو الموصوف بالعدد وطلاقها أثره وبه خرج قول الحسن البصري وعطاء وجابر بن زيد أنه يقع عليها واحدة لبينونتها بطالق ولا يؤثر العدد شيئا ونص محمد رحمه الله قال إذا طلق الرجل امرأته ثلاثا جميعا فقد خالف السنة وأثم بربه وإن دخل بها أو لم يدخل بها سواء ثم قال بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن علي وابن مسعود وابن عباس وغيرهم رضوان الله

وإن فرق الطلاق بانت بالأولى ولم تقع الثانية والثالثة وذلك مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق لأن كل واحد إيقاع على حدة إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الأولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة وكذا إذا قال لها أنت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا أنها بانت بالأولى

ولو قال لها أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة والأصل أنه متى ذكر شيئين وأدخل بينهما حرف الظرف إن قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخرا كقوله جاءني زيد قبله عمرو وإن لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور أولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو وإيقاع الطلاق في الماضي إيقاع في الحال لأن الإسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للأولى فبانت بالأولى فلا تقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للأخيرة فحصلت الإبانة بالأولى ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لأن القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى إيقاعها في الماضي وإيقاع الأولى في الحال غير أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال أيضا فيقترنان فتقعان وكذا إذا قال أنت طالق واحدة بعد واحدة أو مع واحدة أو معها واحدة تقع ثنتان لأن كلمة مع للقران وعن أبي يوسف رحمه الله في قوله معها واحدة تقع واحدة لأن الكناية تقتضي سبق المكنى عنه

عليهم أجمعين ولا ينافي قول الإنشاء أن يكون عند ذكر العدد يتوقف الوقوع وكونه وصف المحذوف أما لو قال أوقعت عليك ثلاث تطليقات فإنه يقع الثلاث عند الكل **قوله** وإن فرق الطلاق بانت بالأولى ولم تقع الثانية وذلك كقوله أنت طالق طالق طالق لأنه ليس في آخر الكلام ما يغير أوله ليتوقف وله علم يقع بطالق الأول شيء فإن قيل لو قال بالواو وطالق وطالق أو وطالق واحدة وواحدة وواحدة فالحكم كذلك مع أن الواو للجمع وهو يغير حكم التفريق إذ الحاصل به كالحاصل بطالق ثلاثا وحكمهما مختلف لأن في التفريق تبين بواحدة فينبغي أن يتوقف الصدر فيقع الثلاث كما قال مالك وأحمد قلنا الجمع الذي يباين التفريق حكما هو الجمع بمعنى المعية المصير له كلفظ ثلاثا ونحوه وليس الواو للجمع بهذا المعنى بل لجمع المتعاطفات في معنى العامل أعم من كونه على المعية وعلى تقدم المتعاطفات بها في تعلق معنى العامل به وتأخره وكل من الجمع بمعنى المعية ولمعنى الجمع بمعنى ترتب المتعاطفات على الترتيب اللفظي وعكسه أفراده ودلالة الدال على الأعم على الأخص ليس للواو دلالة على الجمع بمعنى المعية بل تصدق معه كما تصدق مع التعاقب في التعلق فلم يكن ذكرها بالضرورة ذكر مغير لعدم الدلالة على ما يوجب التغيير وهو المعية ولأن الحكم توقف الصدر يتوقف على الحكم أنها في التركيب للمعية وإذا علمت أنها لا يتعرض إلا للقدر المشترك لم يجب اعتبارها للفرد الذي هو المعية بعينه وليس هو بأولى من اعتبارها للفرد الذي هو التعاقب في معنى العامل بعدم اعتبارها للمعية يعمل كل لفظ عمله فتبين بالأولى فلا يقع ما بعدها غير متوقف ذلك على اعتبارها للترتيب فاندفع ما قيل لو لم يتوقف لعدم اعتبارها للمعية لزم اعتبارها للترتيب وأما وقوع الثلاث على غير المدخول بها إذا قال أنت طالق إحدى وعشرين ووقوع الثنتين في قوله لها أنت طالق واحدة ونصف واحدة فليس للتوقف بسبب إيجاب الواو المعية بل لأنه أخصر ما يلفظ به إذا أراد الإيقاع بهذه الطريقة وهو مختار في التعبير لغة وإن لم يكن مختارا في إحدى وعشرين شرعا إلا أن الشرع لم يغير حكمه إذا تكلم به وذكر شمس الأئمة في المسألتين خلاف زفر فلا يقع عنده إلا واحدة لوجود العطف فسبقت وقع الأول أما لو قال أنت طالق إحدى عشرة فإنه يقع الثلاث بالاتفاق لعدم العاطف ووقوع الثلاث عليها إذا قال أنت طالق ثلاثا إن شئت فقال شئت واحدة وواحدة وواحدة لأن تمام الشرط بآخر كلامها وما لم يتم الشرط لا يقع الجزاء واعلم أن شمس الأئمة حكى عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله خلافا في نحو طالق وطالق وطالق أن عند أبي يوسف رحمه الله تبين قبل أن يفرغ من الكلام الثاني وعند محمد رحمه الله بعد فراغه منه لجواز أن يلحق بكلامه شرطا أو استثناء ورجح في أصوله قول أبي يوسف رحمه الله لم يقع الطلاق لفوت المحل فلو توقف وقوع الأول على التكلم بالثانية لوقعا جميعا لوجود المحل للثلث حال التكلم بها ولا يخفى أن النظر إلى تعليل محمد رحمه الله وتجويزه يلحقه مغير يفيد أن المراد تأخر ظهور وقت الوقوع فإن مقتضاه أنه لو إذا لحق تبين عدم الوقوع وإذا لم يلحق تبين الوقوع من حين تلفظ بالأول وبهذا لا ينفيه أبو يوسف رحمه الله فلا خلاف في المعنى بينهما **قوله** وهذه أي المسائل الثلث تجانس ما قبلها من حيث المعنى وهو فوات المحل عند الإيقاع فلا يقع شيء غير أن فواته في هذه بالموت فلا يقع شيء كما لو قال أنت طالق إن شاء الله فماتت قبل أن يقول إن شاء الله لا يقع عليها شيء وفيما قبلها بالطلاق فيقع الأول دون ما بعدها **قوله** لو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة والأصل فيه أنه إذا ذكر شيئين وأدخل بينهما ظرفا فإن قرنها بهاء الكناية أي أضيفت كلمة الظرف إلى ضمير الأول كانت صفة للمذكور آخرا كجاءني زيد قبله عمرو وإن لم يقرنها بها بل أضيفت إلى ظاهر كجاء زيد قبل عمرو كان صفة للأول بالضرورة ولأنه خبر عنه إلا إذا قرن بها ارتفع عمرو المتأخر بالابتداء ويكون الظرف خبره والخبر وصف للمبتدأ ثم القبلية في واحدة قبل واحدة صفة للأولى فتطلق بها ولم تقع قبل الثانية المذكورة في اللفظ أعني المضاف إليها لفظة قبل فلا يلحقها الثانية وفي قبلها واحدة صفة للأخيرة لأنها المبتدأ المخبر بالظرف عنه والجملة في موضع

المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تقع ثنتان ولو قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاجماع لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثلث او اخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان وعلى اعتبار الثاني لا تقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا تقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف

...بها واحدة الاولى فقد اوقع واحدة موصوفة بقبلية اخرى لها ولا يقدر عليه اذا لم يكن في الواقع لها وجود سابق على الوقت بحكم ان الايقاع في ... ايقاع في الحال فيقترنان فيقعان واذا كان الظرف لفظة بعد ففي واحدة بعد واحدة يكون صفة للاولى فقد اوقع واحدة موصوفة بانها بعد اخرى ... قبلية اخرى لها ولا قدرة على تقديم اللم يسبق الموجود على الموجود فيقترنان بحكم ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقعان وفي واحدة بعدها ... اوقع واحدة موصوفة ببعدية الاخرى لها فوقعت الاولى قبلها فلا تلحق الثانية غير المدخول بها واما اذا قال واحدة معها واحدة او مع واحدة ... في الحاصل لان مع للقران فيتوقف الاول على الثاني تحقيقا للمعنى وعن ابي يوسف وفي قوله معها واحدة تقع واحدة لان الكناية تستدعي ... تقدم المكنى عنه قلنا وقد وجد وهي واحدة التي هي مرجع الضمير اذ قد سبق لفظا غير انه يجب التوقف لاتصال المغير وهو المعية المانعة من انفراد السابق بالحكم ... هو حققناه من حيث هو منفرد لفظا وان عني سبق وجوده فممنوع ومن مسائل قبل وبعد ما قيل منظوما رجل طلق الطلاق بشهر قبل ما بعد قبله رمضان ... ثلث لانه اما ان يكون جميع ما ذكر بلفظة قبل او جميعه بلفظ بعد او جمع بينهما ففي الجمع كالبيت يلقى قبل بعد فيبقى شهر قبله رمضان فيقع في ... وفي نحوه ثلث صور اخرى وذلك لانه لا يخلو من انه اذا كرر لفظة قبل مرة واحدة ان تخلل بينهما بعد كما في البيت وقد عرفت حكمه او لا تخلل ... بل المذكور محض قبل نحو شهر قبل ما قبل قبله رمضان فيقع في ذي الحجة ومن انه اذا كرر لفظة بعد مرة واحدة ان تخلل بينهما قبل قلب البيت وحكم ... بعد بقبل فيبقى شهر بعده رمضان فيقع في شعبان او لا تخلل بل المذكور محض بعد نحو في شهر بعد ما بعد بعده رمضان فيقع في جمادي الآخر ... في المدخول بها يعني ان ما ذكرناه من التفصيل في قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة هو في غير المدخول بها اما في ... بها فيقع ثنتان في الوجوه كلها اي في قبل واحدة وقبلها وبعد واحدة وبعدها واستشكل في واحدة قبل واحدة لان كون الشيء قبل غيره لا يقتضي ... لغير على ما ذكر محمد في الزيادات نحو فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا لنفد البحر قبل ان تنفد كلمات ربي وقول النبي صلى الله عليه وسلم خللوا اصابعكم ... تتخللها نار جهنم واجيب بان اللفظ اشهر بالوقوع وكون الشيء قبل غيره يقتضي وجود ذلك الغير ظاهرا وان لم يستدعه لا محالة والعمل بالظاهر ...

لن **قوله** ولو قال لها اي لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله ... ان ولو قدم الجزاء فقال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق لهما ان الواو للجمع المطلق اي الجمع ... ات ما قبلها وما بعدها في الحكم سواء كان عاملا كجاء زيد وعمرو او لا كزيد وعمرو وبكر جاء واطلاقا اي بلا قيد معية او ترتيب بل اعم من ذلك ... مع كل منهما فقد جمع بين الواحدة والواحدة في التعليق بدخول الدار فصار كما اذا جمع بينهما بلفظ الجمع بان قال ان دخلت الدار فانت طالق ... كما اذا آخر الشرط والمسئلة بحالها وهذا التعريف اللفظي لا اثر له لانه في حال التكلم متعلق الطلاق لا في حال التطليق تنجيز بخلاف قوله لغير المدخول ... طالق واحدة وواحدة لانه في حال الايقاع ولا موجب لتوقف الاول فيقع اما هنا فيتوقف فيتعلق الكل دفعة ثم ينزلن كذلك فيقع الكل ولو سلم ... في التعليق فالمتعلقات بشرط واحد على التعاقب تنزل جملة عند وجوده كما لو حصل ايمان تخللها ازمنة كما لو قال ان دخلت فانت طالق ثم بعد زمان ... دخلت فانت طالق فدخلت يقع الكل اتفاقا وقول المصنف كما اذا نص على الثلث غير مناسب للصورة كذا فيتعلقن ويقعن **قوله** لان الجمع ... ذي معنى الواو يحتمل عند وقوع الواو في الاستعمال الخاص ان يراد من حيث هو في ضمن القران والترتيب لانه لا يراد في الاستعمال الا ... من حيث هو في ضمن احد افراده وعلى الاعتبار الثاني وهو ان يراد الجمع بوصف الترتيب لا يقع الا واحدة كما اذا نجز الثلث بالواو لغير المدخول بها يقع

ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي رحمه الله وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح

واحدة لملاحظة هذا الاعتبار ويلغو ما بعدها لفوات المحل بالاولى وعلى اعتبار ارادة المعية ينزل الكل ولا ترجيح لاحد الجائزين ونزول الطلاق عند
الشرط لابد منه فتنزل واحدة ولا ينزل الزائد بالشك وتقرير الاصول ان الاول تعلق قبل الثاني لعدم ما يوجب توقفه وتعلق الثاني بواسطة
والثالث بواسطتها فينزل على الوجه الذي وقع عليه التعليق بخلاف مسئلة تكرار الشرط لان تعلق الثاني بغير شرط الاول ليس بواسطة الاول لان كلا جملة
مستقلة فيتعلق بالشرط الواحد طلقات ليس شيء منها بواسطة شيء فينزلن جميعا عند الشرط وبخلاف ما اذا قدم الجزاء لان تاخر الشرط موجب لتوقف
الاول لانه مغير فتعلق الكل فيه دفعة فتنزل دفعة ونقض بما لو قال لغير المدخول بها ان دخلت فانت طالق واحدة لا بل ثنتين فدخلت يقع ثلاث ولو نجز
بهذا اللفظ وقع واحدة واجيب بان لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثاني بدل الاول ولا يمكن في الطلاق فيتعلق الاول ويصح تعلق الثاني
لبقاء محل التعليق بعد تعلق الاول فيتعلق بلا واسطة كأنه اعاد الشرط لتعليق ثنتين وجعلهما ثنتين فاذا وجد الشرط وقع الكل جملة بخلاف ما اذا نجز
لانها بانت بالاولى فلم تبق محلا لايقاع الثنتين وقولهما ارجح قوله تعلق بواسطة تعلق الاول ان اريد انه علة تعلقه فممنوع بل علته جمع الواو اياه
الى الشرط وان اريد كونه سابق التعلق سلمناه ولا يفيد كالايمان المتعاقبة ولو سلم ان تعلق الاول علة لتعلق الثاني لم يلزم كون نزوله علة
لنزوله اذ لا تلازم فجاز كونه علة لتعلقه فيتقدم في التعليق وليس نزوله علة لنزوله بل اذا تعلق الثاني باي سبب كان صار مع الاول متعلقين بشرط
وعند نزول الشرط ينزل المشروط وتقرير المصنف اقرب وما يرد عليه مسئلة الايمان فان قيل قوله لا يقع الزائد بالشك يدفع بانه لا شك في تعلق الكل
سواء كان بطريق المعية او الترتيب فيجب ان تنزل كلها عند الشرط كالايمان المتعاقبة بشرط واحد قلنا الترتيب الذي يراد بالواو يقتضي كما قررناه
ان وقوع كل متقدم جزاء شرط وقوع المتاخر فان معناه ان دخلت فانت طالق واحدة وبعدها اخرى وقبلها اخرى فلا يقع متاخرا الا بعد وقوع المتقدم
فصار الدخول شرطا لكل متاخر بخلاف الترتيب الذي اتفق في الايمان فانه ليس لشرط في الكل الا شرط الاول فقط فاذا وجد الدخول مثلا فقد وجد تمام
شرط كل معلق من الطلقات الثلاث وعلى هذا الخلاف ما لو قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق وانت علي كظهر امي ووالله لا اقربك فدخلت
فطلقت ويسقط الظهار عنده والايلاء لسبق الطلاق فتبين فلا تبقى محلا للظهار والايلاء وعندهما هو مطلق مظاهر مول ولو قال للاجنبية ان تزوجتك فانت طالق وانت علي كظهر امي
ووالله لا اقربك اربعة اشهر فتزوجها فعلى الخلاف بخلاف ما لو قدم الظهار والايلاء فقال والله لا اقربك وانت علي كظهر امي وانت طالق فتزوجها تقع الكل عنده بالاتفاق اما عندهما فظاهر لا اشكال
واما عنده فلسبق الايلاء ثم هي بعده محل للطلاق فتطلق **قوله** ولو عطف بحرف الفاء فقال لغير المدخول بها ان دخلت فانت طالق فطالق فطالق
فدخلت فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي فعنده تبين بواحدة ويسقط ما بعدها وعندهما يقع الثلاث وفي المبسوط نقله عن الطحاوي فلم يكن عنهما وذكر
الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق وهو الاصح لان الفاء للتعقيب فصارت كثم وبعد فقد جعل الشرط دخول الدار ووقوع طلقة ولا وقوع قبل
مجموع الشرط فتقع الثانية بعدها وشرط الثالثة الدخول ووقوع طلقتين فيقع بعدهما على النحو الذي قررنا عليه كلام المصنف لابي حنيفة ومع هذا لانه يغير المعنى
ان دخلت فانت طالق واحدة وبعدها اخرى ولو عطف بثم واخر الشرط كانت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت فان كانت مدخولا بها فعنده يقع في الحال ثنتان
وتتعلق الثالثة بالشرط لانها للتراخي وكماله باعتباره في اللفظ والمعنى فكانه فصل لسكوت ولو سكت وقع الاول ولا يتوقف لتعليق فكذا هنا واذا وقع
الاول بقيت محلا فيقع الثانية وتتعلق الثالثة بدخولها الدار وان كانت غير مدخول بها وقعت واحدة في الحال ويلغو الثاني لانتفاء محليتها وان قدم الشرط
فقال ان دخلت فانت طالق ثم طالق ثم طالق وهي مدخولة بها تعلق الاولى ووقعت الثانية والثالثة فاذا لم تكن مدخولا بها تعلق الاول ووقع الثاني ولغا الثالث

واما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته قال وهي على ضربين منها ثلاثة الفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة اما الاولى فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعداد نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته ويحتمل الاستبراء ليطلقها واما الثالثة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده او عند قومها ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيه الى النية ولا يقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها مقتضى او مضمر ولو كان مظهرا لا تقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا اولى وفي قوله واحدة وان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلث

والوجه بعد معرفة الاصل ظاهر ومنه لو تعلق الكل بالشرط سواء اخره او لا الا ان عند وجود الشرط في الثالث ان كانت مدخولا بها او في غيرها تخرج بها الطلاق واحدة قدمه او آخره فان شرط التراخي يظهر عنده في التعليق كانه سكت ثم تكلم وعندهما في الوقوع عند الشرط ولو لم يعطف اصلا بان قال ان دخلت فانت طالق واحدة واحدة واحدة يقع عند الشرط واحدة بالاتفاق لانه انما تعلق الاول ولغا ما بعده لعدم ما يوجبه تقرير بعد قوله واما الضرب الثاني وهو الكنايات لما ذكر احكام الصريح شرع في بيان الكنايات وقدم الصريح اذ هو الاصل في الكلام لانه وضع للافهام وما كان ادخل في الافهام كان اصلا بالنسبة لما لا وضع له حتى كان الصريح ما ظهر المراد منه لا باستتار في المعنى وكان الكناية ما خفي المراد به لتوارد الاحتمالات فيه وانما لم يعرف الحكم الكناية كما عرف الصريح بل ابتدا فقال وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية الى آخره لاشتهار انها ضد الصريح وتعين معرفة ذلك الكناية الذي يصدق عليه تعريفه مع انه لو حذف رسمها من تعليله حيث قال لانها تحتمله وغيره فكان الكناية ما احتمل الطلاق وغيره ولزم ان يستفسر عن مقصوده بها الا اذا كانت حالة ظاهرة تفيد مقصوده فان القاضي يعتبرها ولا يصدقه في ادعاء ما يخالف مقتضاها وهي دلالة الحال فانها تحكم بارادة مقتضى شرعا كما في البيع بالدراهم المطلقة ينصرف الى غالب نقد البلد بدلالة الحال وكذا الحلق في الحج ينصرف الى الحلق في الحرم من الحل ان النية باطنة والحال ظاهر في المراد فتطرق التهمة بها فلا يصدق في انكار مقتضاها بعد ظهوره في القضاء واما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدق سواء ادعى انه نوى خلاف مقتضى ظاهر الحال فقول المصنف لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال يحمل على الحكم القاضي بالوقوع اما في نفس الامر فلا يقع الا بالنية مطلقا الا يرى انه لو قال انت طالق اذا قال اردت عن وثاق لا يصدق قضاء ويصدق ديانة فيما بينه وبين الله تعالى زوجته ان كان قوله لانها غير موضوعة له الا انها بل موضوعة لما هو اعم من حكمه ومنه والاعم في الماهية الاستغراقية يحتمل كلا من حصصه تحته ولا تعيين لاحدها الا بمعين والمعين في نفس الامر هو النية وبالنسبة الى القاضي دلالة الحال فان لم يمكن فدعواه ما اراده وانما قلنا اعم من حكمه ولم نقل اعم منه لما ستذكر من انها لم يرد بها سوى الثلاث الرجعية الطلاق اصلا بل ما هو حكمه من البينونة من النكاح فعلى هذا فقول المصنف تحتمله وغيره تساهل لان محتملات اللفظ تستعمل فيها وتشير الى انه لم يرد بها الطلاق ونقرره والجواب ان المراد يحتمله متعلقا معناها او واقعا عنده وقد علل الثلاث الرجعية قوله وهي اي الكنايات على ضربين هذا التقسيم للكنايات وهي تنقسم اولا بحسب ما هي كناية عنه فثانيا باعتبار الواقع بها وما ذكره المصنف هي القسمة الثانية اما الاولى فتنقسم الى ما هو كناية عن حكم الطلاق والى ما هو عن تفويضه الثاني مثل اختاري وامرك بيدك لا يدخل في هذا الا بنية الطلاق فلا يقع الا بقولها بعد نيته طلقت نفسي واخترت نفسي والاول اسماؤها وينقسم الى ما يقع به البائن وهو ما سوى الالفاظ الثلاثة وستذكر فيه والى ما يقع به الرجعي وهي الالفاظ الثلاث اعتدي استبرئي رحمك وانت واحدة ثم لا يقع بها الا واحدة اما الاولى اي كون الاولى وهي كلمة اعتدي كناية فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح والاعتداد نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة ولا يخفى ان القول بالاقتضاء في ثبوت الرجعة فيما اذا قال بعد الدخول اما قبله فهو مجاز عن كوني طالقا باسم الحكم عن العلة لا المسبب عن سببه لان شرطه اختصاص السبب بالمسبب وهو هنا لا تختص بالطلاق لثبوتها في ام الولد اذا اعتقت ويجاب بان ثبوتها فيها ذكر لوجود سبب ثبوتها في الطلاق وهو الاستبراء بالاصالة وهو غير واقع سؤال عدم الاختصاص واعلم انه كما يجب كونها مجازا عن كوني طالقا في غير المدخول بها يجب كون استبرئي رحمك كذلك في غير المدخول بها اذا كانت آيسة او صغيرة وفي النوادر من ان وقوع الرجعي بها استحسان لحديث سودة يعني انه صلى الله عليه وسلم قال لها اعتدي ثم راجعها

ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشائخ وهو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب قال وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة بائنة

وما قيل والقياس ان يقع البائن كسائر الكنايات بعيد بل ثبوت الرجعي بها قياس من استحسان لان علة البينونة الى في غير الثالثة منتفية فيها فلا يتجه القياس اصلا ثم الاعتداد يقتضي فرقة بعد الدخول وهي اعم من رجعي وبائن لكن لا يريب في ذلك تعيين البائن بل تعيين الاخف لعدم الدلالة على الزائد واما الثانية وهي كلمة استبرئي رحمك فلانه تصريح بما هو المقصود من العدة وهو تعرف براءة الرحم فاحتمل استبرئي لاني طلقتك او طلقك يعني اذا علمت خلوه عن الولد وعلى الاول يقع وعلى الثاني لا فلا بد من النية ولا يخفى انها ايضا قبل الدخول مجاز عن كوني طالقا كاعتدي وكذا في الثالثة والصغيرة الدخول كما ذكرنا واما الثالثة وهي انت واحدة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه فكانه قال معنى ذا نواه مع الوصف المذكور فكانه قال فهو ان مجرد نية الطلاق لا يوجب الحكم والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره نحو انت واحدة عندي او في قومك مدحا او منفردة طلبا للطلاق في هذه الالفاظ مقتضى ما هو في اعتدي استبرئي رحمك لانه يقع شرعا بها وبانت انتصاره منصرف واحدة ولو كان مظهرا لا يقع الا واحدة اذا كان مضمرا وانه اضعف منه اولى ان لا يقع الا واحدة وفي واحدة ان صار المصدر مذكورا بذكر صفته لكن التنصيص على الواحدة يمنع ارادة الثلث لانها صفة للمصدر المنفرد فيما لهامر فلا يتجاوز الواحدة واعترض بعضهم على قوله يحتمل ان يكون نعتا لمصدر محذوف اي تطليقة واحدة فان فيه تكلفا غير محتاج اليه بل يحتمل ان يراد به منفردة على الزوج سامحه لانه لا يرجع حينئذ الى ذكر الالف والتطليق بالمصدر الملفوظ به شائع في طلاق العرب منه ما قدمناه من الشعر فقال فانت طلاق والطلاق عزيمة الى آخره ومن قول المغيرة بن شعبة حين طلق الاربع انتن فانتن الطلاق او طلاق وكثير بخلاف التطليق بلفظ انت منفردة عن الزوج فكان احتمال انت واحدة للمصدر اظهر من احتمالها المنفردة عن الزوج فتنزلا عن تعيين الثاني قوله ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشائخ هو الصحيح احتراز عما قال بعضهم ان رفع الواحدة لا يقع شيء ان نوى وان نصبها وقعت واحدة وان لم ينو لانها نعت للمصدر اي انت طالق تطليقة واحدة فقد اوقع بالصريح وان سكن يحتاج الى النية وجه الصحيح ان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب فلا يجوز بناء حكم يرجع الى العامة عليه ولان الرفع يجوز بان يكون نعتا لطالقة اي انت طالقة واحدة والنصب يجوز لكونه نعتا لمصدر آخر اي انت متكلمة كلمة واحدة وهذا الوجه يعم العوام والخواص ولان الخاصة لا تلتزم التكلم العرفي على صحة الاعراب بل تلك صناعتهم والعرف لغتهم ولهذا ترى اهل العلم في مجاري كلامهم لا يقيمونه قوله وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى الثلث كانت ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة في هذا الاطلاق نظر بل يقع الرجعي ببعض الكنايات سوى الثلث فقد ذكر في انا بريء من طلاقك يقع رجعيا اذا نوى بخلاف ما اذا قال برئت من طلاقك قال ابن سلام وفي الخلاصة اختلف في برئت من طلاقك اذا نوى والاصح يقع رجعيا والاوجه عندي ان يقع بائنا لان حقيقته تبرئه منه فيستلزم تجرده عن الايقاع وهو البينونة بانقضاء العدة او الثلث او عدم الايقاع اصلا وبذلك صار كناية فاذا اراد الاول وقع وصرفنا الى احدى البينونتين وهي التي دون الثلث وكذا في اطلاق عليك يقع بالنية وفي هبتك طلاقك اذا نوى يقع رجعيا وكذا قال في هبتك طلاقك اذا قالت اشتريت منك بدل تم في البتة اذا لم تكن نية تطلق في القضاء ولو قال نويت ان يكون في يدها لا يصدق واما فيما بينه وبين الله تعالى فهو كما نوى فان طلقت نفسها في ذلك المجلس طلقت والا فهي زوجته هذا اذا ابتدأ الزوج فلو ابتدأت فقالت هب لي طلاقي تريد اعرض عنه فقال وهبت لا يقع وان نوى لانه جوابها فيما طلبت كذا قيل وفيه نظر بل يجب ان يقع اذا نوى لانه لو ابتدأ به ونوى وقع فاذا نوى الطلاق فقد قصد عدم الجواب واخرج الكلام ابتداء ولذلك هو اهدى بنفسه وبنيته ويقع رجعيا في خذي طلاقك واقرضتك وكذا في قد شاء الله طلاقك او قضاه او شئت يقع بالنية

ومثلها قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك واختاري وانت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية قال الا ان يكون في حالة مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه قال رض سوى بين هذه الالفاظ وهذا لا يصح فان الحال في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي امرك بيدك اخت

رجعي ومثلها اي مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي بوصل الهمزة وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وفارقتك وامرك بيدك واختاري وانت حرة واعتقتك مثل انت حرة وتقنعي وتخمري واستبري واغربي بالغين المعجمة والراء المهملة وبالعين المهملة وبالزاي المعجمة واخرجي اذهبي وقومي وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره وتفسير المحتملات غير كاف وحبلك على غاربك تمثيل لانه تشبيه بالصورة المنتزعة من اشياء وهي هيئة الناقة اذا اريد اطلاقها للرعي وهي ذات رسن فالقي الحبل على غاربها وهو ما بين السنام والعنق كيلا تتعقل به اذا كان مطروحا فشبه بهذه الهيئة الاطلاق اللازم عن قيد النكاح او العمل او التصرف من البيع والاجارة والاستيجار وصار كناية في الطلاق لتعدد صور الاطلاق وفي وهبتك لاهلك اذا نوى يقع وان لم يقبلوا لانه يجب كون وهبتك لاهلك مجازا عن رددتك عليهم فيصير الى الحالة الاولى وهي البينونة فلا يحتاج الى قبولهم لبقاء ثبوت البينونة والحقي باهلك مثل في صيرورتها الى الحالة الاولى وقوله وهبتك لابيك او لامك مثله بخلاف الاجانب فلا بد من النية اي في الحكم بوقوع الطلاق الا ان يكونا في حالة مذاكرة الطلاق وهو حال سوالها الطلاق او سوال اجنبي فيقع في القضاء وان قال اردت غير الطلاق فلا يقع فيما بينه وبين الله الا ان ينويه ويستثنى منها اختاري لما نذكر وامرك بيدك قال المص ره سوى القدوري بين هذه الالفاظ وقال لا يصدق حال مذاكرة الطلاق في القضاء اذا قال نويت غير الطلاق من المحتملات وكذا فعل شمس الائمة في المبسوط والشيخ كشف الاسلام وغيرهم وقالوا هذا اي كونه لا يصدق اذا ادعى نية غير الطلاق بعد سوال الطلاق انما هو فيما لا يصلح ردا اما ما يصلح له فيصدق اذا ادعى الرد ثم استانف تقسيما ضابطا فقال الاحوال ثلثة حالة مطلقة وفسرها بحالة الرضى وحالة مذاكرة الطلاق وهي ما قدمناه وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا لطلبها الطلاق اي التطليق ويصلح ردا له وما يصلح جوابا وشتما ففي حالة الرضا يصدق بالكل اذا قال لم ارد الطلاق لانه لا ظاهر يكذبه وفي حال المذاكرة للطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا لا ردا كخلية برية بائن بتة بتلة حرام اعتدي استبري رحمك اختاري امرك بيدك ويصدق فيما يصلح له وللرد مثل اخرجي اذهبي افلحي لقول العرب افلح عني اي اذهب اغربي قومي تقنعي ومرادفها كاستتري وتخمري ومعنى الرد في هذه اي اشتغل بالتقنع الذي هو انفع لك من القناع وكذا اخواته ويجوز فيه بخصوصه كونه من القناعة وفي حال الغضب يصدق فيما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا وشتيمة لا ردا كخلية برية بتة بتلة حرام وما يجري مجراه اذ تحتمل خلية عن الخير برية منه بتة بتلة اي مقطوعة عنه ولا يصدق فيما يصلح للطلاق دون الرد والشتم كاعتدي اختاري امرك بيدك استبري وعرف مما قدمنا ان اختاري امرك بيدك لا يقع بها الطلاق الا بايقاعها بعده وانما هما كنايتان عن التفويض حتى لا يدخل الامر في يدها الا بالنية واعلم ان حقيقة التقسيم في الاحوال الى قسمين حالة الرضا وحالة الغضب واما حالة المذاكرة فتصدق مع كل منهما بل لا يتصور سوالها الطلاق الا في احدى الحالتين لانهما ضدان لا واسطة بينهما فتحرير التقرير ان في حالة الرضا المجرد عن سوال الطلاق يصدق في الكل انه لم يرد الطلاق وفي حالة الرضا المسئول فيها الطلاق يصدق فيما يصلح ردا فقط لم يرد وفي حالة الغضب المجرد عن سوال الطلاق يصدق فيما يصلح سبا وردا انه لم يرد الا السب والرد ولا يصدق فيما يصلح جوابا فقط وفي حالة الغضب المسئول فيها الطلاق يتكلم في عدم تصديقه في المتمحض جوابا بسبب المذاكرة والغضب وكذا في قبول قوله فيما يصلح ردا الا ان كلا من المذاكرة والغضب يستقل باثباته قبول قوله في دعوى عدم ارادة الطلاق وفيما يصلح للسب بتغير الغضب باثباته فلا تتغير الاحكام فالاولى ان يعرف الحال المطلقة بالمطلقة عن قيدي الغضب والمذاكرة قوله وعن ابي يوسف الخ الحق ابو يوسف بالتي تحتمل السب الفاظا اخرى وهي لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خليت سبيلك فارقتك انتهى

لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق وتصدق فيما يصلح جوابا وردا في مثل قوله اذهبي اخرجي قومي تقنعي تخمري استتري هذا لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد او الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف رح في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب

اربعة الفاظ ذكرها الولوالجي وذكرها العتابي خمسة لا سبيل لا ملك خليت سبيلك الحقي باهلك حبلك على غاربك وفي الايضاح وشرح الجامع الصغير لشمس الائمة ذكر خمسة هي هذه الا انه ذكر مكان حبلك على غاربك فارقتك فتم ستة الفاظ ووجه احتمالها السب ان لا ملك لي يعني انت اقل من ان تنسبي بالملك ولا سبيل لي عليك لزيادة شرك وخليت سبيلك وفارقتك والحقي باهلك كذلك وحبلك على غاربك اي انت مسيبة لا تشتغل احد بتاديبك اذ لا طاقة لاحد بمارستك وفي رواية جامع فخر الاسلام والفوائد الظهيرية ان ابا يوسف الحقها بالثلاث التي لا يدين فيها في الغضب كما لا يدين في المذاكرة وهي اعتدي اختاري امرك بيدك وفي شرح مختصر الكرخي قال ابو حنيفة لا سبيل عليك تقنعي استبري اخرجي اذهبي قومي تزوجي لا نكاح لي عليك يدين في الغضب لان هذه الالفاظ تذكر للابعاد وحالة الغضب يبعد الانسان الزوجة فيه وكذا في حال ذكر الطلاق وهذا لانه لا سبيل لي عليك يحتمل على طلاقك وهو يذكر للامتناع عن الطلاق وانطلقي وانتقلي كالحقي ولا رواية في اعرتك طلاقك ظاهرة وعن ابي يوسف يقع خلافا لمحمد وفي النوازل عن ابي حنيفة رح يصير الطلاق في يدها لانه ملكها منافع الطلاق ومنفعة الطلاق التطليق انشاءت كما كان للزوج ولو قال طلاقك على لا يقع اصلا وروى الحسن عن ابي حنيفة رح لو قال وهبتك لابيك او لامك او للازواج فهو طلاق لان المرأة ترد على هؤلاء بالطلاق عادة ولو قال لاخيك او خالتك او عمتك او لفلان الاجنبي ونحوه لم يكن طلاقا وان نوى لانها لا ترد بالطلاق عليهم ولو زاد على اذهبي فبيعي ثوبك فلا يقع عند ابي يوسف رح خلافا لزفر رح لان اذهبي يحتمل فيه للطلاق ويبقى الزائد مشورة فلا يتغير به حكم الطلاق ولابي يوسف رح ان معناه عادة لاجل البيع فكان صريحه خلاف المنوي من الكنايات تنحي عني فاختاري في لم يبق بيني وبينك عمل فقيل يقع اذا نوى وقيل لا ومثله لم يبق بيني وبينك شيء وفي اربعة طرق عليك مفتوحة لا يقع الا بالنية الا ان يقول خذي ايها شئت ثم عن محمد رح في رواية اسد يقع ثلث وقال ابن سلام اخاف ان يقع ثلاث لمعاني في كلام الناس كانه يريد ان عرف الناس يجعلها اسلكي الطرق الاربعة والا فاللفظ انما يعلي الامر بسلوك احدها والاوجه ان يقال يقع واحدة بائنة ومنها نجوت مني وقال المتاخرون في وهبت طلاقك لا يقع وقيل يقع ولا يقع في بحتك طلاقك وان نوى اذ صحت عنه ولا حسنة طلاقك او رضيته او هويته او اردته وان نوى واما طالق بلا قاف فالطلاق بعضهم ابو تقع وفصل بعضهم فقال مع اسكان اللام يحتاج الى النية ومع كسرها يقع بلا نية والوجه اطلاق التوقف على النية مطلقا لانه بلا قاف ليس صريحا لعدم غلبة الاستعمال ولا الترخيم لغة جائز في غير النداء فانتفى لغة وعرفا فيصدق قضاء مع اليمين هذا في حالة الرضاء وعدم مذاكرة الطلاق اما في حال الغضب فيقع قضاء اسكنها او لا وفيه ايضا النظر المذكور لانه ان يقع بالفظ له ولا لا اعم منه ليكون كناية وليس بمجاز فيه وهذا البحث يوجب ان لا يقع به اصلا وان نوى ومثل هذا البحث يجري في التطليق بالتهجي كانت طالق لانه ليس طلاق ولا كناية لان موضوعها تحتمل اشياء او اوضاع هذه المسميات هي حرف ولذا لو قرأ آية السجدة متهجيا لا يجب السجدة لانه ليس قرآنا ولا مخلص الا بعدم اشتراط غلبة الاستعمال في الصريح والاكتفاء فيه بكونه للفظ والا عليه وضعا او عرفا مع يقع بالتهجي في القضاء ولو ادعى عدم النية وكذا بطال بلا قاف وفي قوله لآخر احمل اليها طلاقها او اخبرها به او بشرها تطلق في الحال لان الحمل لا يتحقق قبل الحصول ومنها انت علي كالميتة او الخمر او لحم الخنزير يقع بالنية وفي الكافي للشهيد اذا قال لامرأته هذه عمتي او خالتي او محرم من الرضاع وثبت عليه بان سئل عن ذلك فاصر عليه فرق بينهما ولو قال كذبت او مزحت او وهمت او نسيت يصدق ولا يفرق استحسانا والقياس ان يفرق مطلقا ولا يصدق لانه اقر بالتحريم ووجه الاستحسان ان هذا ايجاب تحريم فلا يقع الا بالدوام عليه ولو قال لها هذه بنتي من نسب وثبت عليه ولها نسب معروف فلم يفرق لان الظاهر يكذبه وكذا في هي امي ولام معروفة وان لم يكن لها نسب معروف ومثلها يولد لمثله وثبت عليه فرق وكذا هي اختي واختلف في لست لي بامرأة وما انا لك بزوج فنوى الطلاق

ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا، وقال الشافعي رح يقع بها رجعي لأن الواقع بها طلاق لأنها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص به العدد، والطلاق معقب للرجعة كالصريح، ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافا إلى محله عن ولاية شرعية، ولا خفاء في الأهلية والمحلية، والدلالة على الولاية أن الحاجة ماسة إلى إثباتها كي لا ينسد عليه باب التدارك، ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد، وليست بكنايات على التحقيق لأنها عوامل في حقائقها

يقع عند أبي حنيفة رح وقالا لا لأن نفي النكاح ليس طلاقا بل كذب فهو كقوله لم أتزوجك أو والله ما أنت لي بامرأة أو سئل هل لك امرأة فقال لا ونوى
الطلاق لا يقع كذا هنا، وله أنها تحتمل أي لست لي بامرأة لأني طلقتك فيصح نيته كما في لا نكاح بيني وبينك، ومسألة الحلف ممنوعة، وبعد التسليم نقول بدلالة اليمين
إذا أراد أو استفهم عن الماضي لا في الحال لأن الحالف يكون فيما يدخله الشك لا في إنشاء النفي في الحال، وقوله لم أتزوجك جحود لا يحتمل الإنشاء إذ الطلاق
لا يتصور بلا نكاح، وكذا بدلالة السؤال عرف أنه أراد النفي في الماضي، وفي فتاوى صاحب المنافع إذا قالت لزوجها لست لي بزوج فقال صدقت ينوي طلاقها
يقع عند أبي حنيفة رح خلافا لهما، وعلى هذا الخلاف إذا قال لست أو ما أنت امرأتي أو لست ما أنا زوجك عنده يقع بالنية والله أعلم. **ق ويتصل بالكنايات**
الطلاق بالكتابة لو كتب طلاقا أو عتاقا على ما لا يستبين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة الصماء لا يقع نوى به أو لم ينو، وكذا إذا كتب على لوح أو حائط أو أرض
أو في كتاب إلا أنه لا يستبين لا يقع وإن نوى به الطلاق لأن مثل هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حروف فلو وقع وقع بمجرد النية فإن كان مستبينا لكن
لا على رسم الرسالة والخطاب فإنه ينوي فيه كالكلام المكني لا يقع إلا بالنية لأن الإنسان قد يكتب مثله للإيقاع وقد يكتب لتجربة الخط فإن كان صحيحا يبين
نيته بلسانه وإن كان أخرس يبين نيته بكتابة هذا إذا لم يكن خطابا أو رسالة فلو كان على رسم الرسالة بأن كتب أما بعد يا فلانة فأنت طالق
أو أنت حرة أو إذا وصل إليك كتابي فأنت طالق فإنه يقع به الطلاق والعتاق ولا يصدق في عدم النية كما لو قال أنت طالق ثم قال نويت من وثاق
لا يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر، ثم يقع عقيب الكتابة إذا لم يعلقه مثل أن يكتب امرأته طالق أو فلانة بخلاف ما إذا كتب إذا وصل إليك فإنه لا يقع
بدون الوصول إليها، وقالوا فيمن كتب كتابا على وجه الرسالة وفيه إذا وصل إليك كتابي فأنت طالق ثم بدا له فمحا ذكر الطلاق منه وأنفذه وسطره
باقية وقع إذا وصل، ولو محاه حتى لم يبق فيه كلام يكون رسالة لم يقع وإن وصل لعدم وجود الشرط وهو وصول الكتاب، وعليه الأئمة الثلاثة
وما وقع في تفصيل بعضهم من أنه إذا محا ما سوى كتابة الطلاق وأنفذه فوصل إليها لا يقع مبني على أن الرسالة المتضمنة للحوائج والطلاق لا يكون كتابا
وفيه نظر، وما قيل من أنه لو محى أكثر ما قبله فأرسله لا يقع أبعد من الأول إذ مقتضاه انتفاء الكتاب بانتفاء أكثر الحوائج وليس الأمر كذلك، ولو كتب
الصحيح إلى امرأته بطلاقها ثم أنكر الكتاب وقامت عليه البينة أنه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء، أما فيما بينه وبين الله تعالى إن كان لم ينو به الطلاق
فهي امرأته، ولو كتب إليها أما بعد أنت طالق إن شاء الله تعالى إن كان موصولا بكتابة لا تطلق، وإن كتب الطلاق ثم فتر فترة ثم كتب إن شاء الله تعالى يقع
الطلاق لأن المكتوب إلى الغائب كالملفوظ، كذا في الفتاوى الكبرى لصاحب الخلاصة، وفيها معزوا إلى المنتقى إذا كتب كتاب الطلاق ثم نسخه في
كتاب آخر أو أمر غيره بأن يكتب ولم يمل هو فأتاها الكتابان طلقت طلقتين قضاء، وفيما بينه وبين الله تعالى تقع واحدة انتهى، وعلى هذا لو وصل أحدهما
تقع واحدة قضاء وديانة، ولا يخفى أن هذا فيما إذا كان الطلاق معلقا بوصول الكتاب، وأما إذا لم يكن معلقا فلا إشكال في أنه يقع ثنتين قضاء
لا ديانة إلا أن ينوي به طلاقا آخر، وكل ما ذكرناه ثابت في حق الأخرس نحو أن كان يكتب وإنما يعرف منه ذلك بأن يسأل بالكتاب فيجيب بالكتابة بالنية، فإن كان
لا يكتب وله إشارة معلومة يعرف بها طلاقه ونكاحه وبيعه فهي كالكلام في حقه، وإن لم يعرف منه ذلك أو شككنا فيه فهو باطل، فهذا استحسان، وفي القياس في
جميع ذلك أنه باطل لأنه لا يتكلم، وقد ذكر المص أحكام الأخرس من هذه في آخر الكتاب. **قوله ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا وقال الشافعي**
رح يقع بها رجعي لأن الواقع بها طلاق والطلاق بلا مال يعقب الرجعة بالنص، ولا حاجة إلى إثبات الأول بأنها كنايات عنه حتى أريد منه بالتفريع بأن
كونها كنايات مجاز بل عوامل بحقائقها كما سنذكر، بل يكتفى بالاتفاق على أن الواقع طلاق والبائن بالنص، فإن قيل النص إنما أفاد الرجعة بالطلاق

والشرط تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما يصح نية الثلث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى

الصريح معناه ان قوله تعالى الطلاق مرتان المعقب بقوله وبعولتهن احق بردهن اعم من الطلاق الصريح وغيره ولان النسبة الى معنى اللفظ لا الى اللفظ وغيره خص منه الطلاق على مال بالنص المقارن لها اعني نص الافتداء لما عرف من ان الافتداء لا يتحقق الا بالبينونة والا ذهب مالها ولا يفيد وانما حاصل ان الكتاب يفيد ان الطلاق يعقب الرجعة الا ما كان على مال او ثلث واستدل المصنف بقوله ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولما استشعر منع ثبوت الولاية شرعا اثبتها بقوله لحاجة ماسة الى اثبات الابانة كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد فقرر بان المشروعات لدفع حاجة العباد والزوج قد يحتاج الى الابانة بهذه الصفة فتكون هذه الولاية ثابتة دفعا للحاجة لانه لو ابانها بالثلث عصى ولو طلقها رجعيا ربما يراجعها في الرجعة غير راجعا فيبدو له فيطلقها ثانيا وثالثا فيؤدي الى استيفاء العدد وهو حرام وفيه سد باب التدارك فشرع له الابانة على وجه يمكنه التدارك لبقاء المحلية حتى لو بدا له امكنه التزوج ولا يخفى بعده عن اللفظ والاوجه في العبارة هكذا قد يحتاج الى الابانة والثلث بكلمة حرام وتفريقها على ما ذكر كذلك فلزم ان يشرع له الابانة على هذه الصفة يعني شرع الواحدة البائنة والاقرب الى اللفظ ما قيل انه قد يحتاج الى الابانة كيلا يقع في الرجعة بغير قصد منه بان تجيء المرأة فتقبله بشهوة فيصير مراجعا وهو لا يريد فيحتاج الى طلاق ثان وثالث فينسد باب التدارك فهو لاجل ذلك محتاج الى ان تشرع له الابانة كذلك كيلا تفوت هذه المصلحة ودفع بان هذه مصلحة وثبوت التمكن من اعادتها اذا ظهر له من نفسه طلبها وتغير رايه مع ان الانسان محل التغير مصلحة اخرى اكيدة واكثر ما يقع ذلك بل وقوعه بالمشاهدة اكثر من وقوع طلاق لم ترجع النفس بعده الى مراجعة ومع الابانة لها ان تمتنع فيحصل له ضرر شديد وهذه لا تترتب الا على عدم الابانة فاقتضت عدم شرعيتها بخلاف تلك اذ يمكن تحصيلها مع عدم شرعية الابانة بيسير من الاحتراس من مجيئها مقبلة ونحوه فكان منعها منع الابانة اجلب للمصلحة من غير تفويت المصلحة الاخرى فان اردت تخصيص مفتي اعقاب الطلاق الرجعة بالقياس بعد تخصيصه بالافتداء ايضا لان التخصيص بالقياس بعد التخصيص بالنص جائز لم يتم المعنى فيه لما لزم لان حاجته الى الخلاص بالابانة ليس كحاجة المرأة لتمكنه من الابانة على وجه لا يعقب الندم بتركها بعد الرجعة حتى تنقضي العدة او تفريق الثلث على الاطهار بخلافها فلم يتوقف دفع حاجته على شرعية الواحدة البائنة ولو ادا رجعنا كراهية الواحدة البائنة في اوائل كتاب الطلاق بعدما حققنا بسبب تحقق الحاجة الى الابانة من القطعام هذا ولا يخفى ان المعنيين اعني عدم انسداد باب التدارك وباب الرجعة اذا تغير رايه بين باب دفع المفسدة لا جلب المصلحة والوجه في الاستدلال ان يقال لما ثبت الشرع الايقاع بهذه الالفاظ فقد اثبت الابانة لانها معناها وقوله الطلاق مرتان اي المسنون للاتفاق على صحة وقوع الثلاثة مرة واحدة وخصوصا عنده فانه غير مكروه ايضا ولفظ بائن مثلا يقع به البينونة الغليظة بلفظ واحد فتقع به الخفيفة كالطلاق لما وقع به الغليظة وقع به الخفيفة وايضا خص منه الطلاق بالمال بل ليس العموم مرادا فحاصله الطلاق المسنون بلا مال يعقب الرجعة فقد خرج منه ذلك حين ثبت شرع الايقاع بلفظ بائنة فثبت ايضا اخراج الواحدة البائنة بلا مال تعقب الرجعة لان شرع الايقاع بها جعل اللفظ سببا لوجوب معناه ومعناه البينونة والدلالة على ايقاع الثلث شرعا به حكاية صلى الله عليه وسلم ابا ركانة حين طلقها البتة انه ما اراد الا واحدة وشرح قوله وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها يعني لا تردد في المراد للقطع بان معنى بائن الحقيقي الذي هو ضد الاتصال مراد وكذا البت والبتل القطع والتردد انما هو في متعلقها اعني الوصلة وهي اعم من وصلة النكاح والخيرات والشر فاذا تعين بالنية عمل بحقيقته وكذا معنى الحرام والخلية والبرية معلوم والتردد في كونه بالنسبة اليه او الى

أي لا تصح نية الثنتين عندنا خلافاً لزفر رحمه الله لأنه عدد وقد بيناه من قبل وإن قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالأولى طلاقاً وبالباقي حيضاً دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه ولأنه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهداً له وإن قال لم أنو بالباقي شيئاً فهي ثلاث لأنه لما نوى بالأولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما إذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لأنه لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما إذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الأوليين حيث لا يقع إلا واحدة لأن الحال عند الأوليين لم تكن حال مذاكرة الطلاق

غيره من الرجال فإذا عين المراد بالنية عمل اللفظ بوضعه وإنما أطلق عليه كناية مجازاً للتردد في ذلك المتعلق الذي يتعين الغرض المستعمل فيه اللفظ والوجه أن إطلاق اسم الكناية حقيقة لأن الكناية لا تساوي المجاز بل قد تكون حقيقة لأنه يتعدد المعنى وقد يكون حقيقة فيما تحقق في نحو طويل النجاد وكثير الرماد أن المراد حقيقة طول النجاد وكثرة الرماد لكن لا يقتصر عليه بل المعتبر منه إلى طول القامة وكثرة الأضياف والوجه أن يقال كونها كناية لا يستلزم كونها مجازاً عن الطلاق وتحقيقه أن بائن مشترك معنوي من قبيل المشكك فالقطع المتعلق بالنكاح فرد من نوع ما يتعلق به والمتعلق بالخير والشر كذلك فإذا لم يذكر متعلقه احتمل كما يحتمل حمل كلام من يد وعمرو وغيرهما والوجه أن يقول سواء كان حقائقها أو بحقيقة ما استعملت فيه وهذا لأن نحو حبلك على غاربك مجاز عن التخلية والترك وهو البينونة وكذا وهبتك لأهلك لتعذر حقيقة الهبة أعني التمليك فهو مجاز من هذه على ما قدمناه وقياس الباقي سهل وبعد ظهوره لا يراد بها الطلاق بل البينونة لأنها هي معنى اللفظ الدائر في الأفراد وهي متنوعة إلى غليظة وهي الحرمة على الثلاث وخفيفة كالمترتبة على الخلع فأيهما أراد صح ويثبت ما يثبت بلفظ طالق على مال وطالق ثلاثاً وحاصله أن ما يثبت عن طالق شرعاً لازم أعم يثبت عنده وعند هذه الألفاظ والخلع فقولنا يقع بها الطلاق تسمح معناه يقع لازم لفظ الطلاق شرعاً واختصاص عنده هو بعدد وقوع ذلك اللازم واستكمال الخ بذلك بإرسال لفظ الثلاث بل لازم وقع الطلاق وقع اللازم الشرعي الذي هو معنى لفظ الطلاق على ما يفيده ما أسلفنا في فاتحة كتاب الطلاق فارجع إليها فالواقع بالكناية هو الطلاق بلا تأويل وتقرير المصنف أن الواقع البينونة بالكنايات ثم ينتقص العدد بناء على زوال الوصلة وهذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله وينتقص به وهو بناء على أنه غيره وأنت تعلم أنه لا يلزم من زوال وصلة النكاح وقوع الطلاق لتحقق زوالها في الفسوخ مع عدم الطلاق والجواب أن زوال الوصلة لا بد أن يستعقب في غير الفسخ النقصان للاتفاق على أن الثابت بالكناية ليس فسخاً فلزمه نقصان العدد **قوله** ولا تصح نية الثنتين أي بالكنايات عندنا خلافاً لزفر رحمه الله وقد بيناه من قبل في باب إيقاع الطلاق في التعليق بالمصدر **قوله** ولو قال لها اعتدي اعتدي اعتدي هذه المسئلة تحتمل وجوهاً أن ينوي بكل من هذه الألفاظ طلاقاً أو بالأولى طلاقاً لا غير أو بالأولى حيضاً لا غير أو بالأوليين طلاقاً لا غير أو بالأولى والثانية طلاقاً لا غير أو بالثانية والثالثة طلاقاً أو بالأولى حيضاً لا غير وفي هذه الوجوه الستة تطلق ثلاثاً أو ينوي بالثانية طلاقاً لا غير أو بالأولى طلاقاً وبالثانية حيضاً لا غير أو بالأولى طلاقاً وبالثالثة حيضاً لا غير أو بالأخريين طلاقاً لا غير أو بالأوليين حيضاً لا غير أو بالأولى والثالثة حيضاً لا غير أو بالأولى والثانية طلاقاً وبالثالثة حيضاً أو بالأولى والثالثة طلاقاً وبالثانية حيضاً أو بالأولى والثانية حيضاً أو بالثالثة طلاقاً أو بالأولى والثالثة حيضاً والثانية طلاقاً أو بالثانية حيضاً لا غير ففي هذه أحد عشر وجهاً تطلق ثنتين أو ينوي بكل منها حيضاً أو بالثالثة طلاقاً لا غير أو بالثالثة حيضاً لا غير أو بالثانية طلاقاً وبالثالثة حيضاً أو بالثانية والثالثة حيضاً وبالأولى طلاقاً وبالآخرين حيضاً لا غير وفي هذه الوجوه الستة تطلق واحدة أو لم ينو بكل منها شيئاً فلا يقع في هذا الوجه شيء والأصل أنه إذا نوى الطلاق بواحدة تثبت حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق في عدم نية شيء بما بعدها ويصدق في نية الحيض لظهور الأمر بالاعتداد بالحيض عقيب الطلاق فإذا لم ينو الطلاق بشيء صح وكذا كل ما قبل المنوي بها ونية الحيض بواحدة غير مسبوقة بواحدة منوي بها الطلاق يقع بها الطلاق وتثبت بها حالة المذاكرة فيجري فيما بعدها الحكم المذكور لها بخلاف ما إذا كانت مسبوقة بواحدة أريد بها الطلاق حيث لا يقع بها الثانية لصحة الاعتداد بعد الطلاق ولا يخفى التخريج بعد هذا وأن هذا فيما إذا كان الخطاب مع شيء

وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين

من ذوات الحيض او كانت آئسة او صغيرة فقال اردت بالاول طلاقا وبالباقي ترجيعا الا شهر كانت مثل مشكل ما نحن فيه ولو قال نويت بهن واحدة فهو كما قال ديانة لاحتمال قصد التاكيد كانت طالق طالق طالق لا قضاء لانه خلاف الظاهر وعلمت ان المرأة كالقاضي لا يحل لها ان تمكنه اذا سمعت منه ما ظاهره خلاف مدعاه وقد ظهر مما ذكرنا ان حال مذاكرة الطلاق لا يقتصر على السؤال بل هو خلاف ما تقدم من انها حال سؤالها او سؤال الاجنبي بل هي اعم من حالة السؤال للطلاق ومن مجرد ابتداء الايقاع ثم على هذا القائل ان يقول المذاكرة التي يصير الكناية بها ظاهرة في الايقاع انما هي سؤال الطلاق لان ذكر الكناية صالحة للايقاع ودون الرد عقيب سؤال الطلاق ظاهر في قصد الايقاع به فيمنع قبول دعواه عدم ارادة الطلاق بخلاف المذاكرة بمعنى الابتداء بايقاع الطلاق مرة فان الايقاع مرة لا يوجب ظهور الايقاع مرة ثانية وثالثة فلا يكون اللفظ الصالح له ظاهرا في الايقاع حتى لا يقبل قوله في عدم ارادته بالكناية قوله وفي كل موضع يصدق الزوج في نفي النية انما يصدق مع اليمين الخ قدمنا بيانه ونقله من الكافي للحاكم انه لزوم اليمين لما فيه من الالزام على الغير بعد ثبوت احتمال نفيه بالكناية فيضعف مجرد نفيه فيقوى باليمين والاقرب انه لنفي التهمة واصله حديث تحليف ركانة المتقدم فرع طلقها واحدة ثم قال جعلتها بائنا صارت بائنة وقال محمد لا تكون الا رجعية ولو قال جعلتها ثلاثا صارت ثلاثا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون الا واحدة لان الواحدة لا تكون ثلاثا ولمحمد في الاول ان جعل الرجعية بائنة تغيير للمشروع فيرد وجه قولنا يملك البائن ابتداء فكذا تحويلا لكنه لم ينص على وصفه ابتداء اكتفاء باصل الطلاق فكان رجعيا باعتبار عدم حصول البينونة فاذا ابانها التحقت باصل الطلاق كما لو فعلها ابتداء كالوكيل بالبيع لما ملك البيع النافذ كان له الاجازة ووصفه بالنفاذ ووصفه باصله كتنفيذ عقد الفضولي واعلم ان الصريح يلحق الصريح والبائن عندنا والبائن يلحقه الصريح لا البائن الا اذا كان معلقا فلو قال لها بعد الخلع انت طالق وقع الطلاق عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ولو قال بائن لم يقع اتفاقا ولو قال ان دخلت الدار فانت بائن ينوي الطلاق ثم ابانها فدخلت في العدة وقع عليها طلاق آخر عندنا خلافا لزفر ودليل ان الصريح يلحق البائن قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعني الخلع ثم قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والفاء للتعقيب فهو نص على وقوع الثالثة بعد الخلع وعن الخدري عنه صلى الله عليه وسلم المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وهذا لان القيد الباقي لبقاء احكام النكاح وانما فات الاستمتاع وهو لا يمنع التصرف في المحل كالحيض ولهذا لحق البائن الصريح بل اولى لبقاء الاستمتاع والموجب عدم لحوق البائن البائن فلا امكان جعله خبرا عن الاول وهو صادق فيه فلا حاجة الى جعله انشاء لانه اقتضاء ضروري حتى لو قال عنيت به البينونة الغليظة ينبغي ان يعتبر ويثبت الحرمة الغليظة لانها ليست ثابتة في المحل فلا يمكن جعله اخبارا عن انها ثابتة فتجعل انشاء ضرورة ولهذا وقع البائن المعلق قبل تنجيز البينونة كما مثلنا لانه صح تعليقه ولم يمكن جعله خبرا من صدر وارد عليه ان مثله لازم في انت طالق انت طالق فلزم ان لا يقع الصريح الصريح اجيب بانه لا احتمال فيه لان انت طالق متعين للانشاء شرعا ولو قال اردت به الاخبار لا يصدق قضاء وفي مسئلتنا لم يذكرانت بائن ثانيا بل جعل الذي وقع اثرا التعليق السابق وهو زوال القيد عند وجود الشرط وهو محل فيقع ويقع المعلق بعد المعلق وقد عرف بهذا ان الذي اطبقوا عليه ان المراد من البائن الذي لا يلحق هو ما كان بلفظ الكناية لانه هو الذي ليس ظاهرا في الانشاء في الطلاق وبه يقع الفرق بين الصريح انت طالق وانت بائن وانهم جعلوه مقابل الصريح ولا يقابله البائن الا اذا كان كناية لان الصريح اعم من البائن لانه ما لا يحتاج الى نية بائنا كان الواقع او رجعيا والكناية ما يحتاج اليها غير انه لا يقع بها في غير الثلاثة الالفاظ اعتدي استبرئي رحمك انت واحدة الا بائن وفي الخلاصة نقلا عن الزيادات الذي يلحق البائن لا يكون رجعيا وان لم يكن رجعيا وقوله الذي يلحق البائن لا يكون رجعيا يعني

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار واذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم

لان البينونة سابقة تمنع الرجعة التي هي حكم الصريح غير المقيد بابانة فما ذكر من انه اذا ابانها ثم قال لها انت طالق بائن يلغو بائن هو ما ذكر من عدم القصد الى الرجعة فكان ذكره وتركه سواء وما زاد في تعليل الالغاء في هذه المسئلة في الكافي من قوله يلغو تصحيحا لكلامه لا معنى له وعلى تحرير الالغاء اقتصر في الخلاصة وحمل ما ذكرناه على هذا فما وقع في جلب من الخلاف في واقعة وهي ان رجلا ابان امرأته ثم طلقها ثلاثا في العدة الحق فيها انه يلحقها لما سمعت من ان الصريح وان كان بائنا يلحق البائن ومن ان المراد بالبائن الذي لا يلحق هو ما كان كناية على الوجه الموجه وفي الحقائق لو قال ان فعلت كذا فحلال الله علي حرام ثم قال كذا لامر آخر ففعل احدهما وقع طلاق بائن ثم لو فعل الآخر قال ظهير الدين ينبغي ان يقع آخر وقال ينبغي ان يحفظ

تتمة في الشهادة على الطلاق من الكافي للحاكم وهو مجموع كلام محمد رحمه الله في كتبه لو شهدا بالطلاق والزوجان متصادقان على عدم الطلاق فرق بينهما لان البينة كذبتهما ولو شهدا انه طلق احدى نسائه بعينها ونسيا فشهادتهما باطلة ولو شهدا انه طلق احداهن بغير عينها الزمناه الايقاع على احداهن استحسانا وفي القياس هو الاول ولو شهدا عليه بتطليقتين او ثلاث والزوج منكر لم تجز هذه الشهادة على قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تجوز على تطليقتين وتاتي هذه في الهداية في باب الاختلاف في الشهادة ولو شهد شاهد عدل على الطلاق فسألت المرأة القاضي ان يضعها على يدي عدل حتى ياتي بالآخر لا يفعل ويدفعها الى زوجها فان كان الطلاق بائنا وادعت ان بقية الشهود في المصر شاهد عدل قال اجعلها ثلاثة ايام وقال فيما بينه وبين زوجها حتى ينظر ما يصنع في شاهده الآخر فهو حسن ولو دفعها الى الزوج لا باس به ولو شهد احدهما انه طلقها ثلاثا والآخر انه قال انت علي حرام ينوي الطلاق فهي باطلة وكذا لو شهد احدهما انه طلقها ان دخلت الدار وانها دخلت والآخر انه طلقها ان كلمت فلانا وانها كلمته وكذا ان اختلفا في الفاظ كنايات وكذا في مقادير الشروط الذي علق عليها في التعليق والارسال ومقادير الآجال وصفاتها وفي اشتراطها وعدمه فان شهد احدهما انه قال ان دخلت الدار فهي طالق وفلانة معها والآخر انه قال وحدها وقد دخلت فلانة تطلق وحدها لانهما اتفقا فيما وقع فيه الطلاق على واحدة ولو شهد على تطليقة بائنة والآخر على تطليقة رجعية جازت على الرجعية وكذا اذا شهدا على تطليقة والآخر على واحدة وحدة او على واحدة والآخر على واحدة وعشرين او واحدة ونصف والاصل عنده ان ما في العطف تقع في المعطوف عليه لاتفاقهما على اللفظ او مرادفه بخلاف المباين فلذا لا تقبل شهادتهما وشهد احدهما على واحدة والآخر على ثنتين عنده خلافا لهما لان الذي شهد بثنتين لم يتكلم بالواحدة ولا بمرادفها وسياتي هذا الاصل في باب الاختلاف في الشهادة ولو شهدا انه قال فلانة طالق لا بل فلانة والآخر على انه سمى الاولى فقط جازت على الاولى ولو شهد انه قال طالق الطلاق كله والآخر على انه قال بعض الطلاق لم تجز الشهادة عنده وعندهما تطلق واحدة ولو شهد انه قال طالق والآخر انه اقر بالطلاق جازت وكذا ان اختلفا في الوقت او المكان او الزمان بان شهد انه طلقها يوم النحر بمكة والآخر انه طلقها في ذلك اليوم بالكوفة فهي باطلة لتيقن كذب احدهما ولو شهدا بذلك في يومين متفرقين بينهما من الايام قدر سير الراكب من الكوفة الى مكة جازت شهادتهما ولو شهد اثنان انه طلق امرأته يوم النحر بالكوفة والآخران انه طلق يوم النحر بمكة فشهادتهما باطلة ولو جاءت احدى البينتين فقضي بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت اليها واذا قال الرجل لامرأته ايتكما اكلت هذا الرغيف فهي طالق فاقامت كل منهما بينة انها اكلته تطلقان جميعا وان جاءت احداهما فحكم بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت اليها وان كانت كالمسئلة الاولى

باب تفويض الطلاق فصل في الاختيار لما فرغ من بيان الطلاق بولاية المطلق نفسه شرع في بيانه بولاية مستفادة من غيره وقدم هذا الصنف لانه التفويض بلفظ التخيير وبلفظ الامر باليد وبلفظ المشيئة **قوله** اذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق يعني ينوي تخييرها فيه او قال لها

ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر

طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك وان طال يوما او اكثر ما لم تتبدل بالاعمال فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج
الامر من يدها لان المخيرة لها خيار المجلس باجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين قال ابن المنذر اختلفوا في الرجل يخير زوجته فقالت طائفة امرها بيدها
فان قامت من مجلسها فلا خيار لها روينا هذا القول عن ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعثمان وابن مسعود رضي الله عنهم وفي اسانيدها مقال وبه
قال جابر بن عبد الله وقال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك وسفيان الثوري والاوزاعي والشافعي وابو ثور واصحاب الرأي وفيه
قول ثان وهو ان امرها بيدها في ذلك المجلس وفي غيره وهذا قول الزهري وقتادة وابي عبيد وابن نصر وبه نقول لانه يدل على صحة قول النبي صلى الله عليه وسلم
لعائشة رضي الله عنها لا تعجلي حتى تستأمري ابويك وحكى صاحب المغني هذا القول عن علي فاعترض على نقل الاجماع والجواب ان الرواية عن علي لم تستقر فقد
روي عنه كقول الجماعة ولذا نص في بلاغات محمد رحمه الله انه قائل بالاقتصار على المجلس قال بلغنا عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم في الرجل
يخير امرأته ان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها فيكون اجماعا سكوتيا من قول المذكورين وسكوت غيرهم ومن بعدهم من
نقل من التابعين القول الاول ممن نقل عنهم الثاني وقوله في اسانيدها مقال لا يضر بعد تلقي الامة بالقبول مع ان رواية عبد الرزاق عن
ابن مسعود وجابر بن عبد الله جيدة واما التمسك بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة لا تعجلي الخ فضعيف لانه صلى الله عليه وسلم لم يكن تخييره ذلك هذا التخيير المتكلم فيه
وهو ان توقع بنفسها بل على انها ان اختارت نفسها طلقها الا ترى الى قوله تعالى في الآية التي هي سبب التخيير منه صلى الله عليه وسلم ان كنتن تردن الحيوة
الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا **قوله** ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تستدعي جوابا في المجلس الخ ولو كان تمليكا لم يملك الزوج
الا كالطلاق في ذلك المجلس لاستحالة كون الشيء مملوكا بكله لاكثر من واحد في زمان واحد وهو منتف فانه لو طلقها بعد التخيير وقع وايضا لو صارت
مالكة كان من قال لامرأته طلقي نفسك ثم حلف ان لا يطلقها فطلقت نفسها لا يحنث وقد نص محمد رحمه الله على انه يحنث وهو يقتضي ان تكون نائبة
عنه وايضا يصح عندنا توكيل المديون بابراء نفسه وهذا يرد على تعليل كونه تمليكا بانها عاملة لنفسها واجيب بان المراد بالمالك هنا من يقدر على الفعل
باختياره بحيث لا يلحقه اثم على نفس الفعل ولا الخلف في عدم فعله بخلاف الوكيل فانه مخالف ان لم يفعل ويتصور الملك على هذا الوجه من اثنين فان تمليك
الفعل هكذا او لزوم انتفاء الملك بالتمليك في الاعيان لا في ملك الافعال للقطع بثبوت ملك كل من مائة رجل لفعل ما حكاما وهو الاختصاص
ومسئلة اليمين ممنوعة والحنث قول محمد رحمه الله والمنع مذكور في الزيادات لصاحب المحيط واما المديون فوكيل واما وقع عليه في الابراء لرب الدين باعتبار امره
وثبت اثر التصرف لنفسه في ضمنه وهو فراغ ذمته وفي هذا النظر تجربة في تطليقها نفسها ان يقال هي وكيلة فهي في نفس فعل الايقاع عاملة له
وثبوت الحاصل لها ضمنا ولو التزم كون المديون مملكا لم يصح لانتفاء لازمه لان للدائن ان يرجع قبل الابراء وسنذكر ما هو الاوجه واعلم ان الجواب
الذي يستدعيه التمليك هو القبول في المجلس والجواب المتكلم فيه هو تطليقها نفسها وهو بعد تمام التمليك فليس هذا الوجه مستلزما للمطلوب
ولهذا قال في الذخيرة ان هذا التمليك يخالف سائر التمليكات من حيث انه يبقى الى ما وراء المجلس اذا كانت غائبة ولا يتوقف على القبول فظهر ان
التمليك بخلاف وضعه لا يستدعي الجواب الذي يتم به التمليكات ولكونه تمليكا يتم بالملك وحده بلا قبول لا يقدر على الرجوع لا لكونه متضمنا معنى التعليق
لانه اعتبار يمكن في سائر الوكالات لتضمنها معنى اذا بعته فقد اجزته والولايات لتضمنها اذا حكمت بين من شئت فقد اجزته فكان يقتضي ان لا يصح
الرجوع عن العزل فيهما فلا حاجة اليه لهذا المعنى لا ابتنائه على ما ذكرنا لكن اذا كان الملك يثبت فيه بالملك وحده لم يصح القول بانه يخالف الخ

إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض بخلاف الصرف والسلم لأن المفسد هناك الافتراق من غير قبض
ثم لا بد من النية في قوله اختاري لأنه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره قال فإن اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس
أن لا يقع بهذا شيء وإن نوى الزوج الطلاق لأنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض إلى غيره إلا أنا استحسناه لإجماع الصحابة رضي الله عنهم
ولأنه بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك إقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها
وذلك في البائن ولا يكون ثلاثا وإن نوى الزوج ذلك لأن الاختيار لا يتنوع بخلاف الإبانة لأن البينونة قد تتنوع **قال** ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو في كلامها حتى
لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لأنه عرف بالإجماع وهو في المفسرة من أحد الجانبين ولأن المبهم لا يصلح تفسيرا
للمبهم ولا تعيين مع الإبهام ولو قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة لأن كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له

سائر التمليكات من حيث يبقى إلى ما وراء المجلس إن بقاؤه هو الموافق لسائر التمليكات التي تثبت الملك عندها وإنما خالفها بما ذكرناه وباعتبار
اقتصاره على المجلس والمستند فيه إجماع الصحابة وتمامه أن الاقتصار على المجلس في الخطاب المطلق أما لو قال طلقي نفسك متى شئت فهو لها في المجلس
وغيره ولو فوض وهي غائبة اعتبر مجلس علمها ولو قال جعلت لها أن تطلق نفسها اليوم اعتبر مجلس علمها في هذا اليوم فلو مضى اليوم ثم علمت خرج
الأمر من يدها وكذا كل وقت قيد التفويض به وهي غائبة ولم تعلم حتى انقضى بطل خيارها في المجلس وليس للزوج أن يرجع قبل مضي المجلس
لأنه بمعنى اليمين إذ هو تعليق الطلاق بتطليقها نفسها وقد علمت أنه هو التحقيق **قوله** إذ مجلس الخ لو كانا يتحدثان فأخذا في الأكل انقضى مجلس
الحديث وجاء مجلس الأكل فلو انتقلا إلى المناظرة انقضى مجلس الأكل وصار مجلس المناظرة ولو خيرها فلبست ثوبا أو شربت لا يبطل خيارها لأن
العطش قد يكون شديدا يمنع من التأمل ولبس الثوب قد يكون لتدعو شهودا بخلاف ما لو أكلت إلا قليلا أو امتشطت أو أقامها الزوج قسرا
فإنه يخرج الأمر من يدها لظهور الإعراض به ووجه في الإقامة أنها يمكنها ممانعته في القيام أو تبادر الزوج باختيارها نفسها فعدم ذلك دليل
الإعراض وكذا إذا خاضت في كلام آخر حالا حتى يخوضوا في حديث غيره فإذا أعرضت عن الأول **قوله** ثم لا بد من النية أي نية الطلاق في قوله اختاري لأنه
يحتمل تخييرها في نفسها بالإقامة على النكاح وعدمه ويحتمل تخييرها في غيره من نفقة أو كسوة فإذا اختارت نفسها وأنكر قصد الطلاق فالقول له مع يمينه
إلا إذا خيرها بعد مذاكرة الطلاق فاختارت نفسها ثم قال لم أنو الطلاق لا يصدق في القضاء وكذا إذا كانا في غضب وإذا لم يصدق في
القضاء لا يسع المرأة أن تقيم معه إلا بنكاح مستقبل **قوله** والقياس أن لا يقع بها شيء لأن التمليك فرع ملك المملك وهو لا يملك الإيقاع بهذا
اللفظ لو قال اخترت نفسي منك واخترتك من نفسي ناويا لا يقع إلا أنا استحسنا الوقوع باختيارها بإجماع الصحابة رضي الله عنهم **قوله** ولأنه بسبيل الخ
ظاهره أنه وجه آخر للاستحسان يقابل القياس ليقتضي الوقوع بخصوص هذه اللفظة وهو لا يقتضي ذلك وإنما يقتضي جواز إقامتها مقامه في الفراق
والطلاق فيها لا يقتضي أن لا يقع به لأن إقامتها مقام نفسه فيما يملكه ولا يملك الإيقاع بهذه اللفظة فهو وجه القياس **قوله** ثم الواقع بها بائن روي
عن زيد بن ثابت أنه ثلاث وبه أخذ مالك في المدخول بها وفي غيرها يقبل منه دعوى الواحدة وعن عمر وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم واحدة
رجعية وبه قال الشافعي وأحمد وثبت عن علي أن الواقع به واحدة بائنة فتوسط بين الغايتين ورجح قول عمر وابن مسعود بأن الكتاب دل على أن الطلاق
يعقب الرجعة إلا أن تكون الطلقة الثالثة وأنت علمت أنه أخرج منه الطلاق بمال وقبل الدخول ولزم إخراج الطلاق بما دل على البينونة من الألفاظ على
إيقاعها ولفظ اخترت نفسي بل نفس تخييرها يفيد ملكها نفسها إذا اختارتها لأنه ينبئ عن الاستخلاص والصفاء وذلك بالملك وهو بالبينونة
وإلا لم تحصل فائدة التخيير إذ كان له أن يراجعها في الحال شاءت أو أبت وقد روى الترمذي عن ابن مسعود وعمر أن الواقع بها بائنة كما روي
عنهما الرجعية فاختلفت الرواية عنهما وقد ترجح بما ذكرنا قول علي وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم ثم هو غير متنوع لأنه إنما يفيد الخلوص والصفاء والبينونة تثبت
فيه مقتضى فلا يعم بخلاف أنت بائن ونحوه فلا يقع الثلاث في قوله اختاري وإن نواها بخلاف التفويض بقوله أمرك بيدك حيث تصح نية الثلاث
فيه لأن الأمر شامل فيعم ما بمعنى الشأن للطلاق فكان من أفراده لفظا والمصدر يحتمل نية العموم وقيل الفرق أن الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف
القياس بإجماع الصحابة وإجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة بخلاف تلك المسائل أي بائن ونحوه لأن الوقوع بمقتضى نفس الألفاظ ومقتضاها
بينونة هي متنوعة وفيه نظر لانتفاء إجماعهم على الواحدة لما قدمنا من قول زيد بن ثابت أن الواقع به ثلاث فالأولى التخلص **قوله** ولا بد

وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت اخترت لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه
ولو قال لها اختاري فقالت قد اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه ولو قال لها اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس
ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله
واعتبره النبي عليه السلام جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشهادة بخلاف قولها انا اطلق نفسي لانه لا يمكن حمله على الحال لانه ليس بحكاية
عن حالة قائمة ولا كذلك قولها انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا في قول ابي حنيفة

من ذكر النفس في كلامه او كلامها يعني او ما يقوم مقامه كالاختيارة والتطليقة وكذا اذا قالت اخترت ابي او امي او اهلي او الازواج او اهلي بعد قوله
اختاري يقع لانه مفسر في الازواج ظاهر او كذا اهلي لان الكون عندهم وهو المفهوم من اخترت اهلي انما يكون للبينونة وعدم الوصلة مع الزوج وكذا
تطلق بقول الزوج الحقي باهلك بخلاف نحو لها اخترت قومي او ذا رحم محرم لا يقع وينبغي ان يحمل على ما اذا كان لها اب او ام اما اذا لم يكن ولها اخ ينبغي
ان يقع لانها تكون عنده عادة عند البينونة اذا عدمت الوالدين وانما اكتفي بذكر هذه الاشياء في احد الكلامين لانها ان كانت في كلامه
تضمن جوابها اعادته كانها قالت فعلت ذلك وان كان في كلامها فقد وجد ما يختص البينونة في الامر العامل في الايقاع فاعاقته معه ليس
الا الى نية الزوج فاذا فرض وجودها تمت علية البينونة فيثبت بخلاف ما اذا لم تكن النفس ونحوها في شئ من الطرفين لان المبهم لا يفسر المبهم
او لفظ مبهم ولذا كان كناية لاحتمال اختاري ما شئت من مال او حال او مسكن وغيره وايضا الاجماع انما هو في المفسر من احد الجانبين
والايقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص فيه ولولا هذا لامكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد ان نوى الزوج
وقوع الطلاق به ولتصادقا عليه لكنه باطل والا لوقع بمجرد النية مع لفظ لا يصلح له اصلا كاسقيني وبهذا يبطل اكتفاء الشافعي رحمه الله واحمد بالنية
مع القرينة عن ذكر النفس ونحوه ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي لا بل زوجي يقع ولو قدمت زوجي لا يقع والوجه عدم صحة الرجوع في الاول
وخروج الامر من يدها في الثاني ولو قالت اخترت نفسي او زوجي لم يقع ولو عطفت بالواو فالاعتبار للمقدم ويلغو ما بعده ولو خيرها ثم جعل لها
الف على ان تختاره فاختارته لا يقع ولا يجب المال لانه رشوة اذ هو اعتياض عن ترك حق تملك نفسها فهو كالاعتياض عن ترك حق الشفعة **قوله**
وكذا لو قال اختاري اختيارة الخ يعني ان ذكر الاختيارة في كلامه تفسير من جانبه كذكره نفسها فلو لم تزد هي على اخترت وقعت بائنة ووجه بان
الهاء فيها للوحدة واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة بان قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي فانه انما يقع به واحدة ويتعدد اخرى بان قال لها
اختاري اختاري اختاري او اختاري نفسك بثلاث تطليقات او بما شئت فقالت اخترت يقع الثلث فلما قيد بالوحدة ظهر انه اراد تخييرها
في الطلاق فكان مفسرا فالتزم التناقض بانه اثبت هنا امكان تعدد الواقع ولو كان ذلك لماز نفاه فيما تقدم بقوله لان الاختيار لا يتنوع منع لانه
لم يلزم مما ذكرنا كون الاختيار نفسه يتنوع كالبينونة الى غليظة وخفيفة حتى يصاب كل نوع منه بالنية من غير زيادة لفظ آخر فان قيل اجماع
الصحابة على المفسر بذكر النفس فينبغي ان لا يجوز بقولها اخترت اختيارة او اهلي او نحوه فان هذه لم يجمع عليها قلنا عرف من اجماع الصحابة اعتبار
مفسر لفظا من جانب فيقتصر عليه فينتفي غير المفسر والمخصوص لفظ المفسر فمعلوم الالغاء واعتبار المفسر اعم منه حتى تخص بقرينة غير لفظية توجب ذكرنا
من الوقوع بلا لفظ صالح ولو اختارت زوجها لا يقع شئ وعن علي تقع رجعية كانه جعل نفس اللفظ ايقاعا لكن قول عائشة رضي الله عنها خيرنا رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يعده علينا شيئا رواه الستة وفي لفظ في الصحيحين فلم يعده ويفيد عدم وقوع شئ **قوله** فقالت انا اختار نفسي
المقصود انها ذكرت بلفظ المضارع كاختار نفسي سواء ذكرت انا او لا ففي القياس لا يقع لانه وعد كما لو قال طلقي نفسك فقالت انا اطلقك حيث
لا تطلق وكذا لو قال لعبده اعتق رقبتك فقال انا اعتق لا يعتق وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها في الصحيحين عنها قالت لما امر رسول الله
صلى الله عليه وسلم بتخيير ازواجه بدا بي فقال اني ذاكر لك امرا فلا عليك ان لا تعجلي حتى تستامري ابويك وقد علم ان ابوي لم يكونا يامراني بفراقه
ثم قال ان الله تعالى قال لي يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها الى قوله اجرا عظيما فقلت ففي هذا استامر ابوي فاني اريد

ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما
ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب ولكن يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو
لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء ولو قالت
اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم جميعا لانها للمرة فصارت كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتاكيد وبدون التاكيد يقع الثلث فمع التاكيد
اولى ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة

ورسوله والدار الآخرة ثم فعل ازواج النبي صلى الله عليه وسلم مثل الذي فعلت فقد قطعا لمسائل بل اختار الله ورسوله اعتبره
رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا لا يقال قد ذكرت ان التخيير الذي كان منه صلى الله عليه وسلم ليس من المتكلم فيه بل انهن لو اخترن انفسهن يطلقهن
لان المقصود الاستدلال باعتداده صلى الله عليه وسلم جوابا يفيد قيام شأنه في الحال قول المصنف لان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال
هو احد المذاهب وقيل بالقلب وقيل مشترك بينهما وعلى اعتبار جعله للحال خاصا او مشتركا فظاهر يرجح هنا ارادة احد مفهوميه اعني الحال لقرينة
كون اخبارا عن امر قائم في الحال وذلك يمكن في الاختيار لان محله القلب فيصح الاخبار باللسان عما هو قائم بمحل آخر حال الاخبار كما في الشهادة
بخلاف قولها اطلق نفسي لا يمكن جعله اخبارا عن طلاق قائم لانه انما يقوم باللسان فلو جاز قام به الامران في زمن واحد وهو محال وهذا بناء على ان الايقاع
لا يكون بنفس اطلق لانه لا تعارف فيه وقدمنا انه لو تعورف جاز ومقتضاه ان يقع به هنا ان تعورف لانه انشاء لا اخبار **قوله** ولا يحتاج الى نية
الزوج ولا الى ذكر نفسها ذكره في الزيادات لان في تكراره ما يدل على ارادة الطلاق وهو العدد وهو انما يتعلق بالطلاق لا باختيار الزوج وهذا يفيد
عدم الاحتياج اليهما في القضاء حتى لو قال لم انو لم يلتفت اليه ويفرق بينهما الا ان عدم الاحتياج اليهما في الوقوع فيما بينه وبين الله تعالى حتى يعتبر
كالصريح ويدل على هذا رواية الزيادات باشتراط النية ذكره في الجامع قال اختاري اختاري اختاري بالف ينوي الطلاق فاشترطها مع الدلالة
والتكرار فضلا عن اعتبار هذا ما عرف ان الاحوال شروط لكن في شرح الزيادات لقاضي خان لو كرر فقال امرك بيدك وامرك بيدك
بالفاء او الواو فقالت اخترت نفسي وقال الزوج لم انو الطلاق كان القول قوله لان التكرار لا يزيل الابهام وكذا لو كرر الاختيار انتهى وهو الذي
يتحقق في المسألة خلاف بين المشايخ وما ذكره المصنف ذكره الصدر الشهيد والعتابي وغيرهما وشرط ابو معين النسفي النية مع التكرار كقاضيخان حتى
من استشهد بما استشهد به في لزوم النية فيما بينه وبين الله تعالى من المنقول على لزوم النية مطلقا ولو في القضاء ولا يخفى بعده في مسئلة الجامع الكبير
لان ذكر المال ظاهر في ارادة الطلاق فكيف يصدقه القاضي اذا انكر ارادة الطلاق والذي في الزيادات من اشتراطها فيحمل على ان نفس الامر
اي اشتراطها هو وقوع ثبوت النية في نفس الامر لان الاصل ان اثبات اجوبة المسائل من قولنا يقع لا يقع يجب لا يجب انما هو بالنسبة
الى نفس الامر وليس كل ما يشترط في نفس الامر يشترط للقضاء غير انا مع ذلك اخترنا ما ذكره قاضيخان من انه لو انكر الطلاق بقوله لم انوه فالقول قوله لان الابهام في الوجه
لان تكرار امره بالاختيار لا يصير ظاهرا في الطلاق لجواز ان يريد اختاري في المال اختاري في المسكن ونحوه وهو كاحد محتملاته حيث يصدق في نفي ارادة الطلاق للمكان ان
[illegible] ومما يشكل عليه ما في البدائع لو قال اختاري اختاري اختاري فاختارت نفسها فقالت نويت بالاولى طلاقا وبالباقيين التاكيد لم يصدق
لانه لما نوى بالاولى الطلاق كان الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقي طلاقا ظاهرا ومثله في المحيط ظاهر وقال في الكافي في مسألة الكتاب
قيل لا بد من ذكر النفس وانما حذف لشهرته لان غرض محمد التفريع دون بيان صحة الجواب وعلى هذا فينبغي ان حذف النية في الجامع الصغير لذلك
قوله ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد الترتيب يعني هو في نفسه يفيد الفردية والنسبة المخصوصة فان لم يقبل الثاني في خصوص
هذا المحل لاستحالته في المجتمع في الملك اعني الثلث التي ملكتها بقوله اختاري ثلث مرات اذ حقيقة الترتيب في الافعال لا الاعيان كما يقال
[illegible] لم يبطل الآخر فيجب اعتباره **قوله** والكلام للترتيب ذكر في المبسوط لابي حنيفة رحمه الله وجهين احدهما ان الاولى نعت للمؤنث فانه
مذكور او صفة والمذكور ضمنا الاختيارة فكأنها قالت اخترت الاختيارة الاولى ولو قالت ذلك طلقت ثلثا والآخر انها اثبتت بالترتيب

فهي واحدة يملك فيها الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكأنها اختارت نفسها بعد العدة ولو قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة

فيما الابلق ومعه به فيلغو ويبقى قولها اخترت فيكون جوابا للكل وبذا يتم الاشارة اليه بقوله ان هذا وصف لغو الى قوله في المكان فقوله والكلام للترتيب ابتداء وجه يتضمن جواب قولهما ان كان لا يفيد من حيث الترتيب الى آخره لا يطابق الوجه الاول والمراد بالكلام لفظ الاولى فان كثيرا من الاصوليين يطلقه على المفرد وبعضهم ينسبه الى كلامهم ثم يرد عليه منع ان الافراد من ضرورة الترتيب الذي هو معنى الاولى بل كل منهما مدلول ليس احدهما تبعا للآخر حتى اذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء هو الافراد واذ الغا بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيتقن فلذا اختار الطحاوي قولهما والجواب بعد تسليم ان الفردية مدلول تضمني فقد يكون احد جزئي المدلول المطابقي هو المقصود والآخر تبعا كما هو المراد هنا من قوله والافراد من ضروراته فيقتضي التبع بانتفاء المقصود والوصف كذلك لانه وضع لذات باعتبار معنى هو المقصود فاما الحقيقة فيه حقيقيا او اعتباريا كالطائفة الاولى والجماعة الاولى الا من حيث هو متصف بتلك النسبة فاذا بطلت بطل الكلام وقد ضعف بعضهم تعليل ابي حنيفة رحمه الله بان الترتيب ثابت في اللفظ وان لم يكن ثابتا في المعنى فيصدق وصفها بالاولى والوسطى الخ باعتبار ان قوله اختاري اختاري جملة بعد جملة والحاصل من هذا اخترت نفسي تلك الاولى او كلمتك الاولى ولا معنى له اصلا بعد فرض جواز وصف الطلاق به وابعد من رام الدفع عنه بان المعنى اخترت الايقاع بكلمتك الاولى لان الايقاع لا يكون بكلمته قط بل بكلمتها مرتبة عليها الطلاق ولو قال لها اختاري ثلاثا فقالت اخترت اختيارة او الاختيارة او مرة او بمرة او دفعة او بدفعة او بواحدة او اختيارة واحدة يقع الثلاث اتفاقا لانه جواب الكل حتى لو كان بمال لزم كله **قوله** فهي واحدة يملك الرجعة وهو سهو بل بائن نص عليه محمد في الزيادات وفي الجامع الكبير والمبسوط والاوضح وشروح الجامع الصغير وجوامع الفقه وعامة الجوامع سوى جامع صدر الاسلام فان فيه ما في الهداية ووجه الصحيح ان الواقع بالتخيير بائن لان التخيير تمليك النفس منها وليس في الرجعي ملكها نفسها وايقاعها وان كان بلفظ الصريح لكن انما ثبت به الوقوع على الوجه الذي فوض به اليها والصريح لا ينافي البينونة كما في تسمية المال فيقع به ما ملكته لانها لا تملك الا ما ملكت الا ترى انه لو امرها بالبائن فاوقعت الرجعي او بالعكس وقع ما امرها لا ما اوقعته فان قيل ما الفرق بين اخترت وطلقت حيث يصلح طلقت جوابا لاختاري حتى تقع به البائنة واخترت لا يصلح جوابا لطلقي نفسك حتى لا يقع به شيء الا عنده زفر رحمه الله وسنذكر جوابه في فصل الامر باليد **قوله** لكن بتطليقة قيل عليه لو كان كذلك لكان هذا كقوله طلقي نفسك وقد ذكرنا انه لا يقع باخترت جوابا لطلقي نفسك اجيب بان آخر كلامه لما فسر الاول كان العامل هو المفسر وهو الامر باليد والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا له **فروع** قال انت طالق ان شئت واختاري فقال شئت واخترت يقع ثنتان بالمشيئة والاختيار ولو قال اختاري اختاري اختاري بالف فقالت اخترت جميع ذلك وقعت الاوليان بلا شيء والثالثة بالف لانها المقرونة بالبدل كما في الاستفسار والشرط وكذا لو قالت اخترت نفسي اختيارة او واحدة او بواحدة ولو قالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة تطلق ثلاثا بالف على قول ابي حنيفة رحمه الله وعلى قولهما وقعت واحدة بغير شيء ان قالت اخترت الاولى او الوسطى وبالف ان قالت اخترت الاخيرة ولو قالت طلقت نفسي بواحدة او اخترت نفسي بتطليقة ففي واحدة بائنة لان التطليقة اسم للواحد فلا يكون جوابا عن الكل بل البعض فبعد ذلك تسئل المرأة عن ذلك فان قالت عنيت الاولى او الثانية وقعتا بلا شيء او الثالثة بانت بالف ولو قالت اختاري واختاري واختاري بالعطف بالالف فالالف مقابل بالثلث للعطف فلو قالت اخترت نفسي بتطليقة لم يقع شيء لان الواحد لو وقعت لوقعت بثلث البدل ولم يرض به ولو قالت اخترت الاولى او الثانية او الثالثة وقعت ثلث بالف عنده وعندهما لا يقع لانه لو وقع وقع بثلث الالف ولو قال لها اختاري

فصل في الامر باليد وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير
والواحدة صفة الاختيارة فصار كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث ولو قالت قد طلقت نفسي بواحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت
لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيارة وفي الثانية التطليقة الا انها تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة ملكها امرها ولو قال لها امرك بيدك في تطليقة
او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة رجعية لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة بالنص
ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما
لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم عبارة عن بياض النهار فكان كل واحد منهما امرا على حدة وقال زفر هو امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت
والامر باليد يحتمله فيوقت الامر بالاول ويجعل الثاني امرا مبتدأ ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك فان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في غد لان هذا امر
واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك في يومين

من ثلث تطليقات اثنتين فلها اختيار واحدة او ثنتين فقط لان من للتبعيض وعندهما تملك ان تطلق نفسها الثلث لانها للبيان [illegible] معرفة

فصل في الامر باليد قدم التخيير لتأيده باجماع الصحابة رضي الله عنهم والامر باليد كالتخيير في جميع مسائله من اشتراط ذكر النفس او ما يقوم مقامه
ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما قدمناه سوى نية الثلث فانها تصح هنا لا في التخيير واعلم ان التفويض بلفظ امرك بيدك
لا نعلم فيه خلافا وصحته قياس واستحسان وكذا صحة التفويض بلفظ اختاري نفسك لانه يملك تطليقها فله ان يملكها بكل لفظ يفهم التفويض ولفظ
اختاري نفسك يفيده وعلى هذا انما يتجه تقديم التفويض بلفظ اختاري لتأيده باجماع الصحابة رضي الله عنهم نصا بخلافه بلفظ الامر باليد فانه
وان لم نعلم فيه خلافا فلم يقع به ذلك النقل صريحا وانما افترق البابان في القياس والاستحسان في الايقاع بلفظ الاختيار فان ايقاعها به انما يجوز
استحسانا باجماع الصحابة لا قياسا لان الزوج لا يملك الايقاع به فلا يملك به التمليك اذ لا يكون اقوى او اوسع مما في ملك مملكه فعلى قياسه يلحق البابان فان
ايقاعها بلفظ اخترت نفسي يقع في جواب امرك بيدك كما يصح في اختاري واما الايقاع بلفظ امري بيدي ونحوه فلا يصح قياسا ولا استحسانا [illegible]
[illegible] **قوله** وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا اي ينوي التفويض في ثلث فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث
لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد وهذا مقام الوقوع وكونه ثلثا والوقوع مبني على صحته جوابا فافاده بقوله لكونه اي الامر باليد تمليكا كالتخيير فيراد
جوابه وهو مفوض بالطلاق في نفسك فانه تمليك كالتخيير ولا يصح اخترت نفسي جوابا له حتى لا يقع به شيء الا عند [illegible] وجواب شمس الائمة بان الاختيار
اضعف من لفظ الطلاق وكذا لو قالت طلقت نفسي فاجازه جاز ولو قالت اخترت نفسي لا يتوقف ولا يقع وان اجازه ولا يملك هو الايقاع به فيصلح
الاقوى جوابا للاضعف دون العكس لا يدفع الوارد على المصنف ثم كون الاقوى يصلح جوابا للاضعف بلا عكس يحتاج الى التوجيه ويمكن كونه لان الجواب
العامل والتفويض شرط عمله فلا يكون دونه بل فائقا او مساويا وفرق قاضي خان في شرح الزيادات بان قولها اخترت مبهم وقوله طلقي
نفسك مفسر والمبهم لا يصلح جوابا للمفسر وهو مشكل على ما تقدم من تقرير الاكتفاء بالتفسير في احد الجانبين ثم افاد الثاني بقوله والواحدة اي لفظ
واحدة صفة الاختيارة فصار كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث وكان الظاهر ان يقول باختيارة واحدة لانه جعلها
صفة لها لكنه قصد التنبيه على ان موجب وقوع الثلث لو صرحت بقولها باختيارة واحدة كون المراد مرة واحدة فان الاختيارة ليست المراد من الاختيار
واذا كان اختيارها مرة واحدة انتفى الخيار بعده وكونها بحيث لا يتصور لها اختيار آخر هو بان يقع الثلث ويقال في العرف تركته مرة واحدة وكرهته
مرة واعرضت عنه مرة واحدة فعلا يقصد من مثله الايراد به الابلاغ ما قيد به من الترك مثلا والكراهة والاعراض منتهاه واورد بعضهم انه ينبغي ان يقع
به طلقة واحدة لان بواحدة يحتمل كونها صفة طلقة ولما جعل امرها بيدها في التطليق فقولها اخترت نفسي بواحدة يحتمل كلا من ارادة الموصوف طلقة
او اختيارة فاذا نوتهما ولم يكن له نية تقع واحدة والجواب ان الاحتمالين لم يتساويا فان خصوص العامل لفظا قرينة خصوص المقدر وهو هنا
لفظ اخترت في قولها اخترت نفسي بواحدة بخلاف ما اذا اجابت بطلقت نفسي واحدة حيث يقدر الطلقة وهو بخصوص العامل ايضا وبهذا يقع الفرق بين
بطلقت نفسي واحدة حيث تقع واحدة بائنة واخترت نفسي بواحدة حيث تقع ثلث وانما كان التطليقة بائنة لان التفويض انما يكون في البائن لانها تملك
امرها وانما تملك بالبائن لا بالرجعي واذا علم ان الامر باليد صار يراد به الثلث فاذا قال الزوج نويت التفويض في واحدة بعدما طلقت نفسها ثلثا
في الجواب يحلف انه ما اراد به الثلث **قوله** وقد حققناه من قبل اي في فصل الاختيار بقوله الاختيار لا يتنوع **قوله** ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد

وعن ابي حنيفة رحمه الله انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع ووجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك الا اختيار احدهما

لم يدخل فيه الليل الخ حاصله ان قوله اليوم وبعد غد واليوم وغدا يفترقان في حكمين احدهما انها لو اختارت زوجها اليوم وخرج الامر من يدها فيه تملكه بعد الغد والثاني عدم ملكها في الليل وفي اليوم وغدا لو اختارت زوجها اليوم لا يملك طلاق نفسها غدا اي نهارا وتملكه ليلا والفرق مبني على انه تمليك واحد في اليوم وغدا وتمليكان في اليوم وبعد غد وجعله زفر رحمه الله في الكل تمليكا واحدا فلم يثبت الخيار بعد الغد اذا ردته اليوم قياسا على طالق اليوم وبعد غد حيث لا يقع الا طلاق واحد فكذا يكون هنا امر واحد وعلى امرك بيدك اليوم وغدا قلنا الطلاق لا يحتمل التاقيت فاذا وقع بقيت طالقا في جميع العمر فذكره بعد غد وعدمه سواء لا يقتضي طلاقا آخر اما الامر باليد فيحتمله فيصح ضرب المدة له غير ان عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما بزمن مماثل لهما ظاهر في قصد تقييد الامر المذكور بالاول وتقييد امر آخر بالثاني والا لم يكن لهذه اللفظة معنى واذا كان كذلك كان يصير لفظ يوم مفردا غير مجموع الى ما بعده في الحكم المذكور لانه صار عطف جملة اي امرك بيدك اليوم وامرك بيدك بعد غد فلو قال امرك بيدك اليوم لا يدخل الليل بخلاف اليوم وغدا فانه لم يفصل بينهما بيوم آخر لتقوم الدلالة على القصد المذكور فكان جمعا بحرف الجمع في التمليك الواحد فهو كقوله امرك بيدك في يومين وفي مثله تدخل الليلة المتوسطة استعمالا لغويا وعرفيا على انه قد اشكل ما روى ابن رستم من انه اذا قال طالق اليوم وبعد غد تطلق طلاقتين بخلاف اليوم وغدا يمتنع قياسه وايضا في طالق اليوم وبعد غد يثبت فيه الحكم في الغد لانها طالق فيه ايضا بخلاف امرك بيدك اليوم وبعد غد فان الاتفاق على ان لا خيار لها في الغد فلم يلحق به من كل وجه وقول المصنف وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع لا اعتبار به تعليلا لدخول الليل في التمليك المضاف الى اليوم وغدا لانه يقتضي دخول الليل في اليوم المفرد لذلك المعنى اعني انه قد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع **قوله وعن ابي حنيفة** في مسئلة امرك بيدك اليوم وغدا انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا رواه ابو يوسف رحمه الله عنه ووجهه ان المرأة لا تملك رد ايقاع الزوج لو تنجز فكذا لا تملك رد الامر لانه تمليك يثبت حكمه لها من الملك بلا قبول كالايقاع منه وحاصله ان ردها لغو فالحال كما كان فلها ان تختار نفسها في الغد ومقتضى هذا ان لها ان تختار نفسها في اليوم الذي ردت فيه ايضا وصار كقيامها عن المجلس بعدما خيرها في اليوم وغدا فان لها الى آخره حيث لا يخرج الامر من يدها وتحقيق وجه الظاهر ان ثبوت هذا الملك يتيقن شرعا باحد الامور من انقضاء مجلس العلم او المخاطب بلا اختيار شيء او بفعل ما يدل على الاعراض او اختيارها زوجها فاذا ردت باختيارها زوجها خرج ملك الايقاع منها فلا تملك اختيارها نفسها بعد ذلك ويضاف توقيت التمليك بهذه الى الاجماع على خلاف القياس مع ان توقيته في الجملة ثابت شرعا كما في الاجارة والاوجه تشبيهه بالعارية لوجهين كونه بلا عوض والعارية تمليك المنفعة بلا عوض والثاني ان توقيتها ليس بمدة معينة لان انقضاء المجلس ليس مضبوطا بكمية او قد يتقدر يوما ويوما او اكثر وكذا اختيارها زوجها وفعل ما يدل على الاعراض بخلاف الاجارة واما تقريره بان المخير بين الامرين انما له اختيار احدهما حكما انها اذا اختارت نفسها ليس لها ان تختار زوجها فتعود الى النكاح كذلك اذا اختارت زوجها ليس لها ان تختار نفسها فلا يفصح عن جواب النكتة التي هي مبنى جواز اختيارها نفسها اعني ان الملك بعد ثبوته لا يرتد بالرد انما يرتد بشرط التمليك وقد قلنا ان هذا التمليك يثبت الملك بلا قبول وقد ظهر من وجه الظاهر حمل الرد المذكور في رواية ابي يوسف رحمه الله على اختيارها زوجها ولا شك انها لا تتعرض لما به الرد فيمكن حمل ردها على ان يكون بلفظ الرد ونحوه بان تقول عقيب التمليك تخييرها رددت التفويض او الاطلاق ويكون هذا اعتبار لفظ الحكم ويكون هو مستند ما فرع في الذخيرة حيث قال لو جعل امرها بيدها او بيد اجنبي يصح لانه فلا يرتد بردهما والمسئلة مروية عن اصحابنا وبما ذكرنا تندفع المناقضة الموردة في الامر باليد

وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك بعد غد فهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبرا على حدة [illegible] وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما ولم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه من قبل

حيث صرح في الرواية انه لا يرتد بالرد في الكتاب انه يرتد اعني قوله في قوله امرك بيدك اليوم وغدا وان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها فان المراد برده اختيارها زوجها اليوم وحقيقته انتهاء ملكها وهناك المراد ان تقول رددت فلم يبق تدافع لكن الشارحون قرروا ثبوت التدافع في ذلك حيث نقلوا انه لا يرتد ونقلوا ان يرتد بالرد ووفقوا بانه يرتد بالرد عند التفويض الى المفوض اليه كما اذا اقر بمال الرجل فصدقه ثم رد اقراره لا يصح رده ما انه كالابراء عن الدين ثبوته لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى الاسقاط والتمليك اما الاسقاط فظاهر واما التمليك فقال تعالى وان تصدقوا خير لكم سمى الابراء تصدقا ومما وقع في هذا الباب من المناقضة ما ذكر في الفصول لو قال لامرأته امرك بيدك ثم طلقها بائنا خرج الامر من يدها وقال في موضع آخر لا يخرج وان كان الطلاق بائنا ووفق بان الخروج فيما اذا كان منجزا وعدمه اذا كان معلقا مثل ان قال ان كرهتها ثم فامرك بيدك ثم طلقها بائنا ثم خالعها ثم تزوجها ثم وجد الشرط يصير الامر بيدها ولو طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج آخر ثم ضربها لا يصير بيدها ومن المناقضة تصريحهم بصحة اضافته كما في المسئلة الآتية اذا قال لها امرك بيدك يوم يقدم فلان وسياق الكلام فيها **قوله** وعن ابي يوسف رح انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران حتى لو اختارت زوجها اليوم لها ان تطلق نفسها غدا لانه ثبت لها في الغد تخيير جديد بعد ذلك التخيير المنقضي باختيارها الزوج قال السرخسي وهو صحيح لانه لما ذكر لكل وقت جزاء عرفنا انه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر واحد والاصل استقلال كل كلام وذكر قاضيخان هذه ولم يذكر فيها خلافا فلم يبق تخصيص ابي يوسف رح الا انه مخرج الفرع المذكور واعلم انه يتفرع على هذا عدم جواز طلاقها نفسها ليلا فلا تفعل عنده لانه اثبت لها في يوم مفرد ولا يدخل الليل والثابت في اليوم الذي يليه بامر آخر كقوله امرك بيدك اليوم حيث ينتهي الى الغروب فقط بخلاف قوله امرك بيدك في اليوم انما يتقيد بالمجلس وهو على ما قدمناه من الاصل في انت طالق غدا وفي غد وفي جامع العتابي امرك بيدك اليوم غدا وبعد غد فهو امر واحد في ظاهر الرواية لانها اوقات مترادفة فصار كقوله امرك بيدك ابدا فيتقيد بالمرة وعن ابي حنيفة رح تعتبر ثلاثة امور لانها اوقات حقيقة **قوله** وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان صح ولها ان تطلق نفسها يوم يقدم وهذا ايضا مما يفارق به سائر التمليكات فانها لا تصح اضافتها ولا تعليقها بخلاف هذا لانه هو تمليك فعل فلا يقتضي لوازم تمليكات الاعيان كما تقدم وقد تخرج على انه من معنى التعليق فان قيل يخالفه ما في شرح الزيادات لقاضيخان لو قال امرك بيدك فطلقي نفسك ثلاثا للسنة او ثلاثا اذا جاء غد فقالت في المجلس اخترت نفسي طلقت ثلاثا للحال ولو قامت عن مجلسها قبل ان تقول شيئا بطل لان قوله فطلقي نفسك ثلاثا تفسير للامر والامر باليد يحتمل الثلث اما لا يحتمل التعليق والاضافة الى وقت السنة لان الامر باليد يقتضي المالكية والامر على هذا الوجه لا يفيد البينونة في الحال ولا تثبت المالكية ولهذا لو قال امرك بيدك ونوى السنة او التعليق لا يصح فاذا الحقه بالكلام تفسيرا يثبت ما لا يحتمله وهو الثلاث ولا يثبت ما لا يحتمله وهو السنة والتعليق فالجواب ان مقتضى هذا الاحتمال احتمال العقد التنجيز للتعليق لانه ليس من افراده ولا متعلقا به فيما ذكر ان قوله فطلقي نفسك ثلاثا للسنة او اذا جاء غد تفسير لذلك التفويض فكان التعليق مرادا باللفظ ثم لو لم تعلم بقدومه حتى انقضى يوم قدومه ودخل الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على النهار لا على الوقت مطلقا وقد حققناه من قبل اعني في آخر فصل اضافة الطلاق وانما لم يعتبر القدوم فيحمل اليوم على الوقت مطلقا لانه غير ممتد لما حققناه هناك من ان المعتبر امتداد ما هو المضاف لانه المقصود **قوله** واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه اي في اول فصل الاختيار والذي ذكره هناك هو ان التمليكات

ثم إذا كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وإن كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر إليها لأن هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لأن التعليق
لازم في حقه بخلاف البيع لأنه تمليك محض لا يشوبه التعليق وإذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاشتغال بعمل آخر على ما بيناه في البيع ويخرج الأمر من يدها بمجرد القيام
لأنه دليل الإعراض إذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما إذا مكثت يوماً لم تقم ولم تأخذ في عمل آخر لأن المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى إلى أن يوجد ما يقطعه أو يدل على الإعراض
وقوله مكثت يوماً ليس للتقدير به وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف أنه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها لأنه دليل الإقبال فإن القعود أجمع
للرأي وكذا إذا كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت لأن هذا انتقال من جلسة إلى جلسة فلا يكون إعراضاً كما إذا كانت محتبية فتربعت قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير وذكر في غيره
أنها إذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لأن الاتكاء إظهار التهاون بالأمر فكان إعراضاً والأول هو الأصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن أبي يوسف رحمه الله ولو قالت ادعوا أبي أستشيره
أو شهوداً أشهدهم فهي على خيارها لأن الاستشارة لتحري الصواب والإشهاد للتحرز عن الإنكار فلا يكون دليل الإعراض وإن كانت تسير على دابة أو في محمل فوقفت فهي على خيارها

جواباً واستدل عليه بنافي المجلس ولم يستدل على أنه تمليك بقوله لأن المالك هو الذي يتصرف برأي نفسه والوجه المشهور فيه قولهم هو الذي
يتصرف لنفسه وإلا فالوكيل يتصرف برأي نفسه وكأنه ترك للعلم بأن التفويض إلى الأجنبي تمليك وهو لا يتصرف لنفسه ويتحقق ما ذكر في ذلك
ليندفع الوكيل في المشيئة إن شاء الله تعالى وقدمنا في قوله يستدعي جواباً في المجلس فالصواب إسناد الاقتصار على المجلس إلى إجماع
الصحابة رضي الله عنهم حيث قالوا إنما المجلس **قوله** ثم إن كانت تسمع أي تسمع تفويضه بالتخيير اعتبر مجلسها ذلك أي مجلس سماعها وإن كانت لا تسمع فمجلس علمها على ما
ذكرنا ولأن هذا تمليك فيه معنى التعليق أما أنه تمليك فلما تقدم من أنها عاملة لنفسها وأما أن فيه معنى التعليق فلأن الإيقاع وإن كان من غير الزوج
إلا أن الوقوع مضاف إلى معنى من قبل الزوج فكأنه قال إن طلقت نفسك فأنت طالق فيثبت للتفويض أحكام تترتب على جهة التمليك وأحكام
على جهة التعليق والظاهر أن كلها مما يمكن ترتبها على التمليك فمنه التوقيت على أنه تمليك منفعة وقدمنا أن إلحاقها بالعارية أقرب ثم صحة التوقيت
لا يوجب التوقف على ما وراء المجلس كأن يقول أمرك بيدك شهراً أو جمعة فيعتبر ابتداؤه من وقت التفويض ليس هذا التوقف سوى امتداد الملك
الذي تحقق في الحال وكذا عدم صحة الرد بعد سكوته أول الأمر بناء عليه لأنه بناء على ثبوت الملك الثابت بالتمليك على ما ذكرنا أنه لا يحتاج إلى القبول
وأما اقتصاره على المجلس في التفويض المطلق فتقدم قول المصنف أنه تمليك وهو يستدعي جواباً في المجلس وتقدم أن الجواب الذي يستدعيه التمليك
في المجلس القبول وليس الكلام فيه بل استداده في تمام المجلس أثر الملك وارتفاعه بعده ونفس اقتصاره عليه بإجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن قلت قد وقع
في كلام بعضهم أن تطليقها نفسها قبول قلنا لا يتم إذ هو التصرف المتفرع على ثبوت ملكها لها وأما عدم صحة الرجوع من الزوج فيناسب كلاً من التعليق
والتمليك لأنه لو ثبت لزم بلا قضاء ولا رضا فقد ظهر أن جميع الآثار يصح ترتبها على جهة الملك فلا حاجة إلى اعتبار جهة التعليق وقولهم لأنه
قال إذا طلقت نفسك فأنت طالق يمكن إجراؤه في الوكالة كأنه قال له إذا بعت متاعي فقد أجزت بيعك والولاية كأن الإمام قال له إذا قضيت
فقد أنفذت قضاءك كما قدمنا والاعتبارات التي لا أثر لها كثيرة وأمر الإمكان **قوله** وقوله أي قول محمد رحمه الله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف
أنه قطع لما كانت فيه فلو لبست من غير قيام أو أكلت قليلاً أو شربت أو قرأت قليلاً أو سبحت أو قالت ادعوا إلي أبي أستشيره أو الشهود
وما أشبهه مما هو على الفور من غير أن تقوم في التفويض المطلق لم يبطل خيارها وما ذكر من هذا مثله في قوله اختاري وطلقي
نفسك وأنت طالق إن شئت وكذا إذا قال لأجنبي أمر امرأتي بيدك فطلقها إذا شئت أو إن شئت أو أعتق عبدي إذا شئت بخلاف قوله
بعه إن شئت لا يقتصر على المجلس لأن البيع لا يحتمل التعليق ولو اغتسلت أو امتشطت أو اختضبت أو جامعها يبطل وذكر المرغيناني إن لم تكن
من يدعو الشهود فقامت لتدعو ولم تنتقل قيل لا يبطل خيارها لعدم ما يدل على الإعراض وقيل يبطل للتبدل ولا تعذر فيه
كما لا تعذر فيما إذا أقيمت كرهاً وقيل إذا لم تنتقل لم يبطل وإن انتقلت ففيه روايتان ولو نامت قاعدة أو كانت تصلي المكتوبة أو الوتر
فأتمتها أو النفل فأتمت ركعتين لا يبطل خيارها ولو قامت إلى الشفع الثاني بطل إلا في سنة الظهر عن محمد رحمه الله وهو الصحيح ولو قال أمرك
بيدك فقالت لم لا تطلقني بلسانك فطلقت نفسها طلقت لأن قولها لم لا تطلقني ليس رداً فيملك بعده الطلاق قيل فيه نظر لأن قولها
لم إلى آخره كلام زائد فيتبدل به المجلس وفيه نظر لأن الكلام المبدل للمجلس ما يكون قطعاً للكلام الأول وإفاضة في غيره وليس هذا كذلك
بل الكل متعلق بمعنى واحد وهو الطلاق **قوله** والأول أصح أي ما ذكر في الجامع الصغير أصح مما ذكر في غيره وهو الأصل لأن من جزئه

وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر

فصل في المشيئة ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلث وينصرف الى الواحد عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق وهو رجعي ولو نوى ثنتين لا تصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة امة لانه جنس في حقها وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لامرأته ابنتك ينوي به الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة وينبغي ان تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لامرأته اخترتك او اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج قد اجزت لا يقع شيء الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا وقع جوابا للتخيير وقوله طلقي نفسك ليس بتخيير فيلغو وعن ابي حنيفة رح انه لا يقع شيء بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق قال وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع

امر قد يتبدد لاجل التفكر لان الاستناد والاتكاء سبب للراحة كالقعود في حق القائم ولانه نوع جلسة فلا يتغير به المجلس **قوله** وان سارت بطل قيل لو اختارت نفسها مع سكوته والدابة تسير طلقت لانها لا يمكنها الجواب باسرع من ذلك فلا يتبدل حكما وهذا لان اتحاد المجلس انما يعتبر ليصير الجواب متصلا بالخطاب وقد وجد اذا كان من غير فصل ولا فرق بين كون الزوج معها على الدابة او المحمل ولا ولو كانت راكبة فنزلت فتحولت الى دابة اخرى او كانت نازلة فركبت بطل خيارها وفي المحمل يقوده الجمال وهما فيه لا يبطل ذكره في الغاية لانه في يده كالسفينة **قوله** والسفينة كالبيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها بل الى غيره من الريح ودفع الماء فيها الجرية كالسيل فلا يبطل الخيار بسيرها بل بتبدل المجلس وعن ابي يوسف رحمه الله ان السفينة اذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها

فصل في المشيئة

قوله ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها سواء اوقعها بلفظ واحد او متفرقا وانما صح ارادة الثلث لان قوله طلقي نفسك معناه افعلي فعل التطليق فهو مذكور لغة لانه جزء معنى اللفظ فصح نية العموم فيه غير ان العموم في حق الامة ثنتان وفي حق الحرة ثلث وقد تقدم **قوله** وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت اي رجعيا ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق وحاصل الفرق بين صحة الجواب بابنت وعدمه باخترت ان المفوض الطلاق والابانة من الفاظه التي تستعمل في ايقاعه كناية فقد اجابت بما فوض لها بخلاف الاختيار ليس من الفاظ الطلاق لا صريحا ولا كناية ولهذا لو قالت ابتداء ابنت نفسي توقف على اجازته ولو قالت اخترت نفسي فهو باطل ولا تلحقه اجازة وانما صار كناية باجماع الصحابة فيما اذا حصل جوابا للتخيير غير انها زادت وصفا تعجيل البينونة فيه فيلغو الوصف ويثبت الاصل كما لو قال قد صح جوابا للامر باليد لان التفويض الامر باليد هو التخيير معنى فيثبت جوابا له دلالة نص اجماعهم على التخيير الا ان قوله امرك بيدك ليس معناه انك مخيرة في امرك الذي هو الطلاق بين ايقاعه وعدمه حيث جعل جوابا للتخيير بلفظ التخيير كان جوابا للتخيير حيث جعل ما كان جوابا له بخلاف طلقي لانه صف طلب الطلاق لا التخيير بينه وبين عدمه كما اذا اجابت باخترت نفسي خرج الامر من يدها بالاشتغال بما لا ينبغي في ذلك الامر وعن ابي حنيفة رح انه لا يقع بجوابها بابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها لان الابانة تغاير الطلاق لحصول كل منهما دون الآخر ويخرج الامر من يدها كما يخرج بقولها اخترت فصار كما لو قال طلقي نفسك نصف تطليقة فطلقت تطليقة او قال ثلثا فطلقت الفا لا يقع شيء والجواب بما خالفته فيها في الاصل الاول ظاهر وكذا في الثانية لان الايقاع بالعدد عند ذكره لا بالوصف على ما تقدم فيكون خلافا معتبرا بخلاف ما نحن فيه لانها خالفت في الوصف بعد موافقتها في الاصل فلا يعد خلافا اذ الوصف تابع واما ان المسئلتين ذكرهما التمرتاشي والخلاف فيهما في الاصل انما هو باعتبار صورة اللفظ ليس غير اذ لو قصت على الموافقة اعني الثلث والنصف كان الواقع هو الواقع بالتطليقة والخلاف في مسئلة الكتاب باعتبار المعنى فان الواقع بمجرد الصريح ليس هو الواقع بالبائن فقد اعتبر الخلاف لمجرد اللفظ بلا مخالفة في المعنى فلا ان يعتبر في الايقاع والخلاف في المعنى غير خلاف فيه لا يخفى **قوله** ولو قال لها طلقي نفسك ليس له ان يرجع عنه لما فيه من معنى التعليق ولو قامت من مجلسها بطل خيارها لانه تمليك الطلاق بخلاف قوله طلقي ضرتك لانه توكيل فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع وكذا قوله لاجنبي طلقها او قوله لعبده اعتق نفسك فانه انما عامل فيه لغيره وكذا المديون في ابراء ذمته يقبول لان الابراء ذمتك عامل لغيره بالذات ولنفسه ضمنا على ما قدمنا والتوكيل استعانة فلو لزم فلم يملك الرجوع عاد على موضوعه بالنقض وقد قدمنا عدم ظهور الفرق بين طلقي وابرء ذمتك فكل ما يمكن اعتباره في احدهما يمكن في الآخر وان عدم الرجوع انما يتفرع على معنى الملك الثابت بالتمليك فانه لما انه ثبت بما توقف على القبول شرعا على ما صرح به في الذخيرة وانه لا حاجة الى تفرعه على معنى التعليق المستخدم

وإن قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده ولا يقتصر على المجلس لأن كلمة متى عامة في الأوقات كلها فصار كما إذا قال في أي وقت شئت وإذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده وله أن يرجع لأنه توكيل واستعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والأول سواء لأن التصريح بالمشيئة كعدمه لأنه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل بالبيع إذا قيل له بعه إن شئت ولنا أنه تمليك لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لأنه لا يحتمله ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة لأنها ملكت إيقاع الثلاث فتملك إيقاع الواحدة ضرورة ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يقع واحدة لأنها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفا ولأبي حنيفة رحمه الله أنها أتت بغير ما فوض إليها فكانت مبتدئة وهذا لأن الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة لأن الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لأنه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسألة الأولى لأنها ملكت الثلاث أما ههنا لم تملك الثلاث وما أتت بما فوض إليها فلغا

لانه يمكن مثله في الوكالات والولايات فلو صح لزم ان لا يصح الرجوع عن التوكيل والولاية واما الاقتصار على المجلس فقبل الاجماع على خلاف القياس **قوله** وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده وكذا اذا شئت واذا ما شئت لما ذكرنا من العموم ويرد على قول ابي حنيفة في اذا انها عنده بمنزلة ان فلا يقتضي بقاء الامر في يدها وفيه جواب المصنف بانها يمكن ان تجعل شرطا وان تجعل ظرفا والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وصار كما اذا قال في اي وقت شئت ولانها انما تملك ما ملكت وانما ملكها الطلاق وقت المشيئة فلا تملكه دونها وبعد يتضح ان هذا اضافة للتمليك لا تنجيز ومن فروع ذلك انها لو طلقت نفسها بلا قصد غلطا لا يقع اذا ذكر المشيئة ويقع اذا لم يذكرها وقد قدمنا في اول باب ايقاع الطلاق ما يوجب حمل ما اطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطا على الوقوع في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى **قوله** واذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله اي للقائل ان يرجع لان هذا توكيل والتوكيل استعانة فلا يلزم وله ان يرجع فلا يقتصر وللوكيل ان يفعله بعد المجلس بخلاف قوله لها طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر هذا والاول وهو قوله للرجل طلق امرأتي بلا ذكر مشيئة سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه وكيلا كان او مالكا يتصرف عن مشيئته فصار كما اذا قال لبع عبدي هذا ان شئت لا يقتصر وله الرجوع اجيب بان ليس الكلام في هذه المشيئة التي بمعنى عدم الجبر بل في انه اذا اثبت له المشيئة لفظا صار موجب اللفظ تمليكا لا التوكيل لان تصرف الوكيل لغيره انما هو عن مشيئة ذلك الغير وان كان امتثاله بمشيئة نفسه بخلاف المالك فانه المتصرف عن مشيئة نفسه ابتداء غير مبتن ذلك امتثالا فاذا صرح له المالك بتعليق الطلاق بمشيئته كان ذلك تمليكا فيستلزم حكم التمليك بخلاف البيع لانه لا يحتمل التعليق فيلغو وصف التمليك ويبقى الاذن والتصرف لمقتضى مجرد الاذن لا يقتصر على المجلس قيل فيه اشكال لان البيع فيه ليس معلق بالمشيئة بل المعلق فيه التوكيل بالبيع وهي تقبل التعليق وكانه اعتبر التوكيل بالبيع نفس البيع وهذا غلط يظهر بادنى تامل وذلك لان التوكيل هو قوله بع فكيف يتصور كون نفس قوله معلقا بالمشيئة غيره بل قد تحقق وفرغ منه قبل مشيئة ذلك الغير ولم يبق لذلك الغير سوى فعل متعلق التوكيل او عدم القبول او الرد الى هنا تم من المصنف اناطة وصف التمليك مرة بانه يعمل برأي نفسه بخلاف الوكيل ومرة بانه عامل لنفسه بخلافه ومرة بان يعمل بمشيئة نفسه فليس الرأي والمشيئة والعمل لنفسه واحدا فان العمل بالرأي العمل بما يراه اصوب من غير ان يؤخذ في مفهومه كونه لنفسه ولا لغيره والعمل لنفسه بخلافه لغيره وبمشيئته باختياره وابتدائه بلا اعتباره على مطابقة امر امره من غير اعتبار معنى الاصوبية في متعلقها بل هي والارادة تخصيص الشيء بوقت وجوده والاول تقتضيه الوكالة وهو منقوض بان العامل برأيه هو الذي لا يقلد على رأيه ما يفيده في فعل ولا ترك والوكيل وان كان بوكالة عامة مطلقة مما يغلبه في جانب الترك وهو لزوم خلف الوعد الثابت ضمن رضاه بالتوكيل ان لم يفعل فانه اذا وكله فرضي كان واعدا الفعل ما استعانه به فيه فاذا لم يفعل اخلف الوعد بخلاف الزوجة فانها لا تعد مخالفة بترك الطلاق اذ لم يقسرها عليه امر شرعي فظهر ان الوكيل ليس عاملا برأي نفسه مطلقا والثاني بامر المديون بابراء نفسه وقدمنا ما في جوابه من النظر ولو تم انتقض بالتفويض الى الاجنبي فانه قطعا ليس لتطليق زوجة غيره عاملا لنفسه والثالث اقرب والله اعلم فالمعول عليه **قوله** وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة لانها لما ملكت ايقاع الثلث كان لها ان توقع منها ما شاءت كالزوج نفسه ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة وقالا تقع واحدة لانها اتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج الفا وكقولها طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة في هذه المسألة

[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشيئة تنبئ عن الوجود بخلاف قوله اردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود وكذا
لو قالت شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا لامر لم يجئ بعد لما ذكرنا ان الاتيان به مشيئة معلقة فلا يقع الطلاق ويبطل الامر

وانت نفسي في جواب طلقي نفسك وطلقت نفسي منك وقول العبد في جواب اعتق نفسك اعتقت نفسي فلا اجيب يقع ثلث في الاولى
ورجعي في الثانية والثالثة وتطلق [illegible] ولابي حنيفة رح انها اتت بغير ما فوض اليها مبتدأة فيتوقف على اجازة الزوج وبهذا
يتخرج الجواب عما بعد الاولى من الصور لاشتمالها بتمامها على المخالفة بما بعده فلا تعتبر ووجهها في ابنت نفسي ان معناه طلقت نفسي بائنا والباقي ظاهر
وقوله بخلاف الاول جواب عن الاولى اي الزوج يتصرف بحكم الملك الثلاث وكذا اذا امرها بالثلاث في ضمنه فيثبت القدر الذي يملكه ويلغو ما سواه كذا في
المسئلة الاولى وهي قوله لها طلقي نفسك ثلثا ملكتها بجميع اجزائها اما هنا فلم يملك الثلاث لانه انما ملكها الواحدة فاتت بما فوض اليها فلم تقع باعتبارها
مالكة ولا باعتبارها متصرفة عن الامر لعدم الموافقة وحقيقة الفرق انها ملكت الواحدة وهو شيء يفيد الواحدة بخلاف الواحدة التي في ضمن الثلث فانها تفيد
ضده وهذا معنى قوله الثلث اسم لعدد مركب مجتمع الوحدان والواحد لا تركيب فيه فكان بينهما تضاد بخلاف الزوج وبخلافها في المسئلة الاولى فانها ملكت
الثلث اما هنا فلم تملك الثلاث لما ذكرنا وبهذا التقرير لا يستعقب ايراد وقع في لفظ المصنف قوله والثلاث غير الواحدة يعني فلم تكن بايقاعها موافقة
لما ملكها فاعترض بان مذهب اهل السنة ان الجزء من العشرة ليس عينها ولا غيرها واجيب بان ذلك في الامور الموجودة بخلاف نحو الطلاق وان
نسلم ان هذا مجرد اصطلاح للمتكلمين كما ان اصطلاح الفلاسفة ان ما ليس عينا فهو غير ولو فرض عدم وضع الاصطلاح اصلا [illegible]
غير لغة لم يتوقف اثبات المطلوب عليه اذ يكفي فيه ان يقال فوض اليها الواحدة وليست الثلاث اياها فلا تكون مفوضة اليها [illegible]
وغاية ما يلزم بعد التزامه ان المصنف عبر عما ليس اياه بلفظ غيره مجازا قوله ولو امرها بالطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنا او امرها بالبائن فطلقت
رجعيا وقع ما امر به ومعنى الاول ان يقول طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فيها فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة تقع رجعية لانها اتت بالاصل
وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني ان يقول طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية تقع بائنة
لان قولها رجعية لغو لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها في الصورتين فحاجتها بعد ذلك الى الاصل الايقاع لا الى ذكر صفته فذكرها اياها موافقا او مخالفا
لا عبرة به لان الوقوع بايقاعها ليس الا بناء على التفويض فذكرها كسكوتها عنه وعند سكوتها تقع على الوصف المفوض وحاصله ان المخالفة ان كانت
في الوصف لا يبطل الجواب بل يبطل الوصف الذي به المخالفة ويقع على الوجه الذي فوض به بخلاف ما اذا كانت في الاصل حيث يبطل كما اذا فوض
واحدة فطلقت ثلثا على قول ابي حنيفة رح او فوض ثنتا فطلقت الفا وتقدم تخريج ابنت على مخالفة الوصف قوله طلقي نفسك قوله ولو قال لها طلقي
نفسك ثلثا الخ تقدم انه اذا قال طلقي نفسك ثلثا كان لها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين وثلثا فلو انه زاد قوله ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء
لان معناه ان شئت الثلاث فكان تفويض الثلث معلقا بشرط هو مشيئتها اياها ولم يوجد الشرط لانها لم تشأ الا الواحدة وتقدم انه لو قال لها طلقي
نفسك واحدة فطلقت ثلثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة رح وتقع واحدة عندهما فلو زاد قوله ان شئت فالخلاف على ما هو عليه فابو حنيفة رح يقول مشيئة
الثلث ليست مشيئة الواحدة فلم يوجد الشرط وهما يقولان مشيئة الثلث مشيئة الواحدة كما ان ايقاعها ايقاع الواحدة وقد سبق الكلام في تحقيق ذلك
قوله ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة وهي اتت
بالمعلقة فما وجد الشرط ثم هو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى لانه ليس من كلام الرجل ذكر الطلاق ليصير
كانه قال شئت طلاقك ان شئت ليكون الزوج بقوله شئت شائيا طلاقها فالتطليق بمجرد النية والنية لا تعمل في غير المذكور [illegible] الايقاع به

وان قالت قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى طلقت لان التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها انت طالق متى شئت او متى ما شئت او اذا شئت او اذا ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى ومتى ما فلانهما للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في اي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالاجماع ولو ردت الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق

نحو اسقني حتى لو قال شئت طلاقك ينويه وقع لان المشيئة تنبئ عن الوجود لانها من الشيء وهو الموجود بخلاف ما لو قال اردت طلاقك لانها لا تنبئ عن الوجود بل هي طلب لنفس الوجود عن ميل وغايته ان الامرين المشيئة والارادة في صفة العباد مختلفان وفي صفة الله سبحانه مترادفان كما هو اللغة فيهما مطلقا فافاد ان فيهما وجودا اي يكون الوجود جزء مفهوم احدهما غير ان ما شاء الله كان وكذا الارادة لان تخلف المراد انما يكون لعجز المريد لا لذات الارادة لانها ليست المؤثرة للوجود لان ذلك خاصية القدرة بل بمعنى انها المخصصة للمقدور والمعلوم وجوده بالوقت والكيفية ثم القدرة تؤثر على وفق الارادة غير انه لا يتخلف شيء عن مراده تعالى لما قلنا في المشيئة بخلاف العباد وعن هذا لو قال اراد الله طلاقك ينويه يقع كما لو قال شاء الله بخلاف احب الله طلاقك او رضيه لا يقع لانهما لا يستلزمان منه تعالى الوجود ولو قيل التخصيص بالوقت للارادة يكون عن طلبه يستلزم عدم الفرق بين صفة الارادة والكلام نعم نفرق بين الطلبين انه في الكلام طلب تكليف وهذا بخلافه ولكنه ليس يلزم كون الطلب الكلامي تكليفا دائما كما في الطلب المعبر عنه بكره ولو اجيب بان ذلك الطلب خارج عنها لزم كونها من صفات الافعال اذ قد ظهر الفرق بين الارادتين لا يكون فرق ابي حنيفة رحمه الله بين المشيئة والارادة في حق العباد رواية عنه في الفرق بينهما في صفة الله سبحانه وتعالى وبقي الشان في كون المشيئة تنبئ عن الوجود في حق العباد للاشتقاق عن الشيء وهو الموجود فيه نظر فان الشيء وان وقع على غير الاعيان الا ان كونه في مفهوم الوجود اصطلاح طارئ على اللغة فانه لغة يقال للمعدوم والموجود وكون الارادة تنسب الى ما لا يعقل بخلاف المشيئة كما ذكر شمس الائمة لا اثر له الا لم يكن مجازا عقليا او مجازا لغويا في لفظ الارادة على انه سمع نسبة المشيئة ايضا الى ذلك انشد ابو السكيت في اصلاح المنطق يا مرحباه بحمار عفراء اذا اتى قربته لما شاء من الشعير والحشيش والماء وهو من شواهد قصر الممدود فتوجيهه ان يعتبر العرف فيه لان يكون المفهوم العام من انه الشيء الموجود والمشيئة منه بان يراد به بعض ما يصدق عليه وهو الشيء الكائن مصدر الشاء فانه يقال شاء شيئا على ارادة الحاصل بالمصدر لم يشتق منه ولما كان الوجود على هذا محتمل اللفظ لا موجبه احتاج الى النية فلزم الوجود فيها فاذا قال شئت كذا في التخاطب العرفي فمعناه اوجدته عن اختيار بخلاف اردت كذا مجرده يفيد عرفا عاما عدم الوجود واحببت طلاقك ورضيته مثل اردته ولو قال شائي طلاقك او يا للطلاق فقال شئت وقع ولو قال اريديه او اهويه او احبيه او ارضيه ينوي الطلاق فقالت اردت احببته اردته هويته رضيته لا يقع بخلاف ما لو قال ان اردت او احببت الى آخرها فانه يقع وان لم ينو لانه تعليق لا يفتقر الى النية وهو كقوله ان كنت تحبيني تعلق باخبارها فانه يقع ولم ينو وان قالت جبتني **قوله** وان قالت قد شئت ان كان كذا الامر قد مضى كشئت ان كان فلان قد جاء وقد جاء او لامر كائن كشئت ان كان ابي في الدار وهو فيها طلقت لان التعليق بامر كائن تنجيز قيل يلزم عليه انه لو قال هو كافر ان كنت فعلت كذا وهو يعلم انه قد فعله ان يكفر وهو منتف اجيب بان من المشايخ من قال يكفر فالالزام حق وعلى المختار وهو عدم كفره وهو مروي عن ابي يوسف يفرق بان هذه الالفاظ جعلت كناية عن اليمين بالله تعالى اذا جعل تعليق كفره بامر في المستقبل فكذا اذا جعله بماض تحاشيا عن تكفير المسلم والاوجه ان الكفر بتبدل الاعتقاد وتبدله غير واقع مع ذلك الفعل فان قيل لو قال هو كافر بالله ولم يتبدل اعتقاده يجب ان يكفر فليكفر هنا بلفظ هو كافر وان لم يتبدل اعتقاده قلنا النازل عند وجود الشرط حكم اللفظ لا عينه فليس هو بعد وجود اللفظ متكلما بقوله هو كافر حقيقة **قوله** ولو قال انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت ومتى شئت او متى ما شئت فردت بان قالت لا اشاء لا يكون ردا ولها ان تشاء بعد ذلك ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى فلانها للعموم الاوقات

او متی ما شئت او اذا ما شئت ومتى سواء عندهما وعنده هو للشرط حينئذ لانه يستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك ولو ردت الامر لم يكن ردا ولو قال لها

انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال الا ان التعليق ينصرف الى الملك

القائم حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر وطلقت نفسها لم يقع شيء لانه ملك مستحدث وليس لها ان تطلق نفسها ثلاثا في كلمة واحدة لانها توجب عموم الانفراد

لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة وجمعا ولو قال لها انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشيئة

لها لان كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو

ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان

كانه قال في اي وقت شئت وانا لم يرتد بردها لانه لم يملكها في الحال شيئا بل اضافه الى وقت مشيئتها فلا يكون تمليكا قبله فلا يرتد بالرد وقد

يقال ليس هذا تمليكا في حال صالا لانه صرح بطلاقها معلقا بالشرط شيئا فاذا وجدت مشيئتها وقع طلاقه وانما يصح باذكره في طلقي نفسك اذا شئت لانه يعرف

بحكم الملك بخلاف الوكالة طلقت نفسها في هذه المسئلة فانه وان وقع الطلاق لكن الواقع طلاقه المعلق وقولها طلقت ايجاد للشرط الذي

هو مشيئة الطلاق على تقدير ان المشيئة تقارن الايجاد ثم لا تملك تطليق نفسها الا مرة واحدة لانها تعم الازمان لا الافعال بخلاف كلما **قوله**

واما كلمة اذا واذا ما فهي كمتى عندهما انما كان حكما كمتى يكون حكما اذا واذا عند ابي حنيفة رح وانكانت اذا تستعمل للشرط المجرد عن معنى الزمان

كما تقدم لكنها تستعمل للوقت ايضا مجردا عن معنى الشرط ومقرونا به وكل موضع تحقق فيه ثبوت حكم لا يحكم بزواله بالشك ففي قوله انت طالق

اذا لم اطلقك الحكم الثابت عدم الطلاق فلا يحكم بزواله بوقوع الطلاق الا بيقين وهو بان يراد به الزمان وهو غير لازم من استعمالها فلا تطلق

الا بالموت وفي انت طالق اذا شئت صار الامر في يدها فلا يخرج بانقضاء المجلس الا بيقين وهو ان يراد بها الشرط المجرد وهو غير لازم من استعمالها

ثم لو صح فقال اردت مجرد الشرط لنا ان نقول يتقيد بالمجلس كما اذا قال انت طالق ان شئت فانه يتقيد بالمجلس ويحلف لنفي التهمة

على نحو ما تقدم انه اياه اراد وقوله وتقدم يعني في فصل اضافة الطلاق هذا الوجه في تقريره وغير هذا وهو ان قوله اذا شئت يحتمل انه تعليق

طلاقها بشرط هو مشيئتها وانه اضافه الى زمانه وعلى كل من التقديرين لا يرتد بالرد حتى اذا تحققت مشيئتها بعد ذلك بان قالت شئت ذلك الطلاق

او قالت طلقت نفسي وقع معلقا كان او مضافا الا ما قال المصنف من ان الامر دخل في يدها فلا يخرج بالشك لان معناه انه ثبت ملكها بالتمليك فلا يخرج

بالشك في المراد بانه محض الشرط فيخرج من يدها بعد المجلس او الزمان فلا يخرج كتي وقد صرح آنفا في متى بعدم ثبوت التمليك قبل المشيئة لانه انما ملكها

في الوقت الذي شاءت فيه فلم يكن تمليكا قبله حتى يرتد بالرد وعلى ذكرنا فالذي دخل في ملكها تحقيق الشرط او المضاف اليه الزمان هو مشيئتها الطلاق

ليقع طلاقه وعلى هذا فقولهم في قوله انت طالق كلما شئت لها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة معناه وتعلق لمباشرة الشرط تجوزا بالتطليق عنه

بان تقول شئت طلاقي او طلقت نفسي فيقع طلاقه عند تحقق الشرط وانما يصح كلامهم في قوله طلقي نفسك كلما شئت **قوله** الا ان التعليق الخ جواب

عن مقدر هو ان موجب كلما تكرار الافعال ابدا ومقتضاه اذا طلقت نفسها ثلاثا وعادت اليه بعد زوج ان تملك طلاقها ايضا وليس لها ذلك

اجاب بانها وانكانت كذلك لكن التفويض انما ينصرف الى الملك القائم لا الى عدم الملك الذي هو معنى الملك المعدوم فلو انصرف اليه انصرف الى عدم

الملك فاذا فرض ان المملوك قدر معين لزم ان باستغراقه تكرارا ينتهي التفويض وذلك القدر هو الثلث فلو طلقت نفسها واحدة وانقضت عدتها

فتزوجت آخر وعادت الى الاول ملكت ثلث تطليقات ايضا خلافا لمحمد رح فان عنده انما تملك ثنتين لما عرف في مسئلة الهدم **قوله** وليس لها ان تطلق نفسها

ثلثا بالاتفاق لانها لعموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جمعا وعلى هذا الاطلاق لنفسها ثنتين فلو طلقت ثلثا او ثنتين وقع عندهما واحدة وعنده

لا يقع شيء بناء على ما تقدم من ان ايقاع الثلث ايقاع الواحدة عندهما خلافا له **قوله** ولو قال انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء

ويتقيد بالمجلس ولو قامت منه قبل المشيئة فلا مشيئة لها لان كلمة حيث واين للمكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة

فيقتصر على المجلس اورد عليه انه اذا لغى المكان صار انت طالق شئت وبه يقع للحال كقوله انت طالق دخلت الدار اجيب بانه يحمل الظرف مجازا

عن الشرط ان كلا منهما يفيد ضربا من التاخير وهو خير من الغاية بالكلية فاورد عليه فلم يبطل القيام فيه فاذا هو ما لا يبطل كمتى واذا اجيب بان

وجب اعتباره حيث جاز ونحوه (قال) ولو قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة معناه قبل المشيئة فإن قالت قد
شئت واحدة بائنة أو ثلاثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لأن عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وإرادته أما إذا أرادت ثلاثا والزوج
واحدة بائنة أو على القلب تقع واحدة رجعية لأنه لغت مشيئتها لعدم الموافقة فبقي إيقاع الزوج وإن لم تحضره النية تعتبر مشيئتها
فيما قالوا جريا على موجب التخيير قال رضي الله عنه قيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية أو بائنة أو ثلاثا
وعلى هذا الخلاف العتاق لهما أنه فوض التطليق إليها على أي صفة شاءت فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها ليكون لها المشيئة
في جميع الأحوال أعني قبل الدخول وبعده ولأبي حنيفة أن كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف أصبحت والتفويض في وصفه لا يستدعي التفويض في أصله قال ولو قال أنت طالق
كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لأنهما يستعملان للعدد فقد فوض إليها أي عدد شاءت فإن قامت من المجلس بطل وإن ردت الأمر كان ردا لأن هذا أمر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال

المحل على أن أولى الإسلام الباب ونحو ذلك الشرط وفيه يبطل بالقيام واعترض في بعض شروح الهداية بأنه لا يجيء مجاز من الشرط فالشرط الذي فيه معنى
الحقيقة في الحقيقة قال أراد بالمعنى الحقيقي الزمان كحتى حتى لا يخرج من يدها بعد المجلس فليس معنى حيث ثمن بل معناها المكان ومن أراد معنى الظرف فيه
مطلقا فليس معناه إلا اسم الظرف المطلق ومبني على تشبيه المكان والزمان بالإحاطة لا شرعية في الظرفية قوله فيجب اعتباره عموما أنت
طالق في أي وقت شئت ونحوه قوله ولو قال أنت طالق كيف شئت طلقت تطليقة غير مدخول بها طاعة بائنة خروج الأمر
من يدها لفوات المحل بالبينونة فلا تتمكن من المشيئة فلو كانت مدخولا بها طلقت طلقة رجعية ثم قوله ذلك نويت ولا ثم لو كانت شئت أنه لو كانت نوى الزوج
ذلك التغيير كذلك لمطابقته لا احتياجا إن شاءت بائنة والزوج ثلاثا أو على القلب فهي رجعية لأنه لغت مشيئتها لعدم الموافقة فبقي إيقاع الزوج
رجعية لا تعمل في جعله بائنا أو ثلاثا ما لم يحضر الزوج نية لم يذكر في الأصل وتجب أن تعتبر مشيئتها حتى لو شاءت بائنا أو ثلاثا وقد نوى الزوج يقع ما أوقعت لأنها
على اختلاف الأصلين أحدهما أصله إلا أنها أقامها مقام نفسه في إثبات الوصف لأن كيف للحال والزوج لو أوقع رجعيا يملك جعله بائنا وثلاثا عند الحقه
بها ما لم يردها فكذا يملك التفويض تمليك مثل ذلك وكذا عند الحكم لا يملك إيقاع البائن الثالث لأنه تفويض أصل الطلاق إليها على أي صف شاءت
قدرت لكن هذا الذي ذكرناه من وقوع الرجعية قبل مشيئتها قول أبي حنيفة وأما عندهما ما لم تشأ لم يقع شيء وعلى هذا الخلاف أنت حر كيف شئت
يقع للحال عنده وعندهما يتوقف على المشيئة والأصل أن أصل الطلاق لا يتعلق بمشيئتها عنده بل صفته وعندهما يتعلق شيئا بمشيئتها وقيل إن
العتق لا كيفية له فتعلق فيقع التخيير بهم في الخلاف وتصحيح العتق بذلك إلا أن الثابت بالتخيير من الطلاق وعدم كيفية زائدة على الأصل لعتق
له كيفية زائدة على ذلك من كونه بمال أو منجزا على مال أو معلقا على وجه التعليق في غيره مطلقا أي في الزمان ومقيدا به قوله فلا بد من تعليق أصل
الطلاق بمشيئتها إلا أنه لم يتعلق حاله بمشيئتها حتى يرتفع ولزم من ثبوت البينة ضرورة عدم انفكاك الذات عن الوصف فيقتضي تعلق عين بمشيئتها
لما كان لكل وصف لمشيئتها فلذا فلا يقع والأبو حنيفة يقول حقيقة قوله أنت طالق تنجيز الأصل التطليق وجعل صفته على مشيئتها ومن ضرورة إثبات
أصله إثبات وصف الرجعة فكان في نفس كلامه هذا مخصصا لهن الأوصاف من عمومها يبقى أي الأمرين أولى تخصيص العام أولى اعتبره على
حقيقة اللفظ التي هي تنجيز أصل الطلاق واعتبار أصله سابقا أولى فتكلفة على حقيقة العموم والنظر في ترجيح الأول لأن التخصيص العام أنسب
من اعتبار المنجز معلقا لأنه لا يكاد يثبت وأما ما رجح به في الكافي من أن تقدير قولهما يبطل الاستيصاف والكلام يحتمل التخصيص دون الإبطال
فإنما يتم لو كان كيف في التركيب للاستيصاف ولا يخفى أن معنى الاستيصاف هنا غير مراد أصلا بل تركيب كيف شئت مجاز عن كل كيفية شئت كقوله
تعالى أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت أي ينظرون إلى كيفية خلقها فإن قلت فلم لم يجعل كيف شرطا وهو أحد مستعمليها فيتبع قولهما لأن
تعليق أصل الطلاق هو حقيقة المعلق والجواب لا يجب لأن شرط شرطيتها اتفاق فعل الشرط والجزاء لفظا ومعنى نحو كيف تصنع أصنع وما قيل في
توجيه قولهما إن الحال تتبع حالة وأصله سواء بناء على امتناع قيام العرض بالعرض فليس أحدهما قائما بالآخر بل كل منهما يقوم بالجسم فلزم منه كون الطلاق
ليس موجودا بدون الكيفية بل كل من الطلاق وكيفيته سواء في الأصلية والفرعية فإذا اتفق أحدهما بمشيئتها تعلق الآخر بما سلم ذكر منها أخر فيلزم التعدم
من ضرورته فلو الأصل لما ذكرناه وهو ضعيف إذ المبنى ليس إلا التلازم فما ثبت لأحدهما يثبت للآخر ولا دخل لامتناع قيام العرض بالعرض في ذلك التقرير
قوله ولو قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها ما شاءت واحدة أو ثنتين أو ثلاثا يتعلق أصل الطلاق لمشيئتها بالاتفاق كما في مشيئة

وان قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة او ثنتين ولا تطلق ثلثا عند ابي حنيفة وقالا تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شاءت

كيف شئت على قوله هذا لان كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد والواقع ليس الا العدد واذا كرر صار التفويض في نفس الواقع فلا بقي شيء بالمشيئة القياس ان لا يباح لها ان تطلق نفسها ثنتا لا ايباح للزوج لكن روى الحسن عن ابي حنيفة انه يباح لها في التخيير وبه اخذ في الفوائد الظهيرية في المسئلة الآتية قال لو طلقت نفسها ثلثا على قولها او ثنتين على قول ابي حنيفة لا يكره لانها مضطرة الى ذلك لانها لو تفرقت خرج الامر من يدها بخلاف ما لو اوقع الزوج ذلك وعلى هذا فما في اصل رواية الجامع الصغير في هذه المسئلة من قوله ان شاءت طلقت واحدة او ثنتين او ثلثا ما لم تقم من مجلسها لا الاحتياج الى حمله على مشيئة القدرة لا مشيئة الاباحة ثم الواحدة عدد على اصطلاح الفقهاء لما تكرر لهم من اطلاق العدد وارادته وما شئت تعميم العدد فتقريره تقريره واورد عليه ان كلمة ما كما تستعمل للعدد تستعمل للوقت نحو ما دام فوقع الشك في تفويض العدد فلا يثبت اجيب بانه معارض بالمثل بان يقال لو اعملناها بمعنى الوقت لا يبطل بالقيام عن المجلس ولو اعملناها بمعنى العدد يبطل فوقع الشك في ثبوته فيما وراء المجلس فلا يثبت فيه بالشك فتعارضا وترجح اعتبارها للعدد بان التفويض تمليك مقتصر على المجلس لم يكن موقتا وانما يكون لو كانت هنا بمعنى العدد لانه المتبادر من قولك بخلاف الزمان فانه انما يتبادر حالة وصلها بدوام نحو ان اردت الامر بان قالت لا احلف كان ذلك الان جواب واحد تمثيل في كلا وقوله خطاب في الحال احترز عن اذا ومتى يعني هذا تمليك منجز غير مضاف الى وقت في المستقبل فاقتضى جوابا في الحال **قوله** وان قال لها طلقي نفسك

من ثلث ما شئت فلها ان تطلق واحدة وثنتين بالاتفاق واختلفوا في الثلث فلا تطلق عند ابي حنيفة رحمه الله وقال الشافعي واحمد رح تطلق عندهم ان شاءت لان كلمة ما محكمة في العموم وكلمة من تستعمل للتمييز اي للبيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وغيره وصلة لنفي كلمة من في ذنوبكم وللتبعيض كلا من الرغيف فيحمل على تمييز الجنس محافظة على عموم ما الابيان الجنس بخلاف ما لو حملت على التبعيض يعني فيكون بيان المراد الثلث من الطلاق دون سائر الاعداد وان كان لا يتصور في الطلاق عدد الا الثلث فذاك شرعا اما في الامكان فيمكن ان تطلق عشرين لانه غير انه الشرع حكمه في الشرع المنع فالمعنى طلقي نفسك العدد الذي هو الثلث دون سائر الاعداد وعلى قولها يكون التفويض في الثلث خاصة فصحت تطليقها واحدة باعتبار ملكها ما ذكرت فيه كما تقدم في طلقي نفسك ثلثا كما لو قال كل من طعامي ما شئت له اكل الكل او طلق من نسائي ما شئت فشاءت كلهن له ان يطلقهن بخلاف ما اذا حملناها على التبعيض فانه يبطل عموم ما ولا ان كلمة من حقيقة في التبعيض اذا دخل على ذي ابعاض والطلاق منه وما للتعميم فيعمل بهما فمن في منالها في مثله باقي عموم مخصوص ضرورة اعمال من في معناها في مثله بخلاف حمل من على البيان فان ضابطته صحة وضع الذي مكانها ووصلها بعد خولها مع ضمير منفصل مثاله فاجتنبوا الرجس من الاوثان الرجس الذي هو الاوثان ولا يحسن هنا طلقي نفسك شئت الذي هو الثلث فان ما موصلة معرفة فلا بد من كونه معرفة وهو هنا العدد فالحاصل الى طلقي نفسك العدد الذي شئته الذي هو الثلث ويستلزم سبق العدد بالعدد الذي شاءت او شاءه وانه هو الثالث فيكون التفويض لها انما هو في الثلث وانما كان ان تطلق نفسها واحدة لانه جزءها ملكته بالتفويض كما في طلقي نفسك ثلثا لها ان تطلق واحدة وليس المعنى على هذا بخلاف التبعيض حيث لا يستلزم ثبوته اذ المعنى طلقي نفسك ما شئته واشتمه على ان تكرر موضع بالجملة والجار والمجرور في موضع الحال من الضمير الراجع المحذوف قيد في العدد مزيل من ابهامه **فروع** قال انت طالق ثلثا الا ان تشائي واحدة فشاءت واحدة طلقت عنده وقال محمد لا يقع شيء لان معناه ان لم تشائي واحدة فانت طالق ثلثا فاذا شاءت واحدة لا يقع شيء ولابي يوسف انه اثبت لها مشيئة الواحدة فاذا شاءتها تقع ولو قال طلقتها ان شاء الله وشئت فانت طالق ان شاء الله وفلان او ما شاء الله وفلان لا يقع بالمشيئة من

ولابي حنيفة رح ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهد انه ترك
لاظهار السماحة او لعموم الصفة وهي المشية حتى لو قال من شئت كان

لانه عطف على باطل فيبطل ولو قال حين شئت فهو بمنزلة قوله طلقها اذا او متى شئت لان حين للوقت لو قال ان شئت فانت طالق بشيئتين
او متى شئت فلها مشيتان مشية في الحال ومشية في عموم الاحوال لانه علق بمشيتها في الحال طلاقا معلقا بمشيتها في اي وقت شاءت فتبين
في المجلس مشيئة كانه قال انت طالق اذا شئت لان المعلق كالمرسل عند الشرط ولو قال لامرأتيه ان شئتما فانتما طالقان فشاءت احدهما وشاءت
طلاق صاحبتها لا يقع لان الشرط مشيتهما طلاقهما ولم يوجد ولو قال لامرأتين ان شئتما فهي طالق ثلثا فشاءت احدهما واحدة والاخرى ثنتين لم يقع شيء
لان الشرط مشيتهما الثلث بخلاف ما لو قال لهما طلقا انفسكما ثلثا فطلقتها احدهما واحدة والاخرى ثنتين وقع الثلث لان كل واحد ينفرد بايقاع الثلث
فيصح ايقاع بعضها ولو قال ان شئت فانت طالق ثم قال لاخرى طلاقك مع طلاق هذه وقع عليها بمشية الاولى ان نوى الزوج والا فلا
لانه يحتمل طلاقك مع طلاق هذه في الوقوع ويحتمل في الملك اي كلاهما مملوكان لي فاذا نوى صدق ولو قال طالق ان شئت وابيت او ان شئت
وان لم تشائي لم تطلق ابدا لانه جعل المشية والاباء شرطا واحدا ولا يمكن اجتماعهما ولو قال ان شئت وان لم تشائي فشاءت في مجلس طلقت ولو
بالمشية تطلق ايضا كما لو قال ان دخلت وان لم تدخل الدار فطالق فقال ان شئت وان لم تشائي وان شئت وان ابيت فان شاءت
يقع وان ابت يقع وان سكتت حتى قامت من المجلس لا يقع وكذا ان شئت وابيت وفي طالق ان ابيت وكرهت طلاقا فقالت ابيت تطلق
ولو قال ان لم تشائي طلاقك فانت طالق فقالت لا اشاء لا تطلق لان المقابل لعدم الايجاد والفعل الذي هو الاباء وقد وجد بالفعل فيتحقق عدم الابجاد
وعدم المشية لا يتحقق بقولها لا اشاء لان لها ان تشاء من بعد وانما يتحقق بالموت ولو قال انت طالق واحدة ان شئت فقالت شئت نصف واحدة لم تطلق
عند ابي يوسف رح ولو قال لها طلقي نفسك فقال لها اخر اعتقي عبدك فبدأت بعتق العبد خرج الامر من يدها ولو كان الآمر بالعتق زوجها فبدأت بالعتق لا يبطل خيارها
في الطلاق وعنه لو قال لها انت طالق ان شئت للسنة واحدة فلها المشية الساعة لا عند الطهر فان شاءت الساعة وقعت عند الطهر وعلى قياس
قول ابي حنيفة رح ان كانت حائضا فلها المشية حين تطهر على احدى الروايتين عنه فانه ذكر في باب المشية من طلاق الاصل لو قال ان شئت فانت
طالق غدا فالمشية اليها الان بخلاف انت طالق غدا ان شئت فان المشية اليها في الغد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح المشية اليها
في الغد في الفصلين وقال زفر رح المشية للحال فيهما وذكر في الامالي الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف رح على العكس وفي المنتقى برواية بشر عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة رح اذا قال انت طالق غدا ان شئت او انت طالق ان شئت غدا فلها المشية غدا وقالا ان قدم المشية على الغد فلها المشية للحال وان اخر
فلها المشية غدا وفرع على هذا لو قال اختاري غدا ان شئت او اختاري ان شئت غدا او امرك بيدك غدا ان شئت او امرك بيدك ان شئت غدا فالمشية
في الغد في الحالين عند ابي حنيفة رح وكذا اذا قال طلقي نفسك غدا ان شئت او طلقي نفسك ان شئت غدا او ان شئت فطلقي نفسك غدا لم يكن لها ان تطلق
نفسها الا في الغد عنده وقالا ان قدم المشية فلها ان تطلق نفسها فتقول في الحال طلقت نفسي غدا والمذكور في الكافي وشرح الصدر الشهيد انت
طالق ان شئت فقالت الساعة شئت كان باطلا انما لها المشية في الغد بخلاف قوله ان شئت فانت طالق غدا فان لها المشية في مجلسها الان في الاول
علق بالمشية طلاقا مضافا الى الغد ولو علق بالمشية طلاقا منجزا اعتبر المشية حالا حتى لو قامت بطلت مشيتها فكذا اذا علق بها طلاقا مضافا وفي
الاول بدأ باضافة الطلاق الى الغد ثم جعل ذلك معلقا بمشيتها فاقتضى المشية في ذلك الوقت وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة رح ان في التعليق
تراعي المشية في الغد وعند زفر رح تعتبر المشية فيهما حالا ولو قال لها انت طالق اذا شئت ان شئت او انت طالق ان شئت اذا شئت فيهما سواء تطلق

باب الأيمان في الطلاق

وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقع عقيب النكاح مثل أن يقول لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق وقال الشافعي رحمه الله لا يقع لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح

نفسها فهي ثلاث وعند أبي يوسف يقع إن أخر قوله إن شئت تكذلك وإن قدمه فعلى الخلاف إلا أن قال جاريته في المجلس تعلق بمشيئتها
وكذلك إشارة ولو قامت من المجلس قبل أن تقول شيئا بطل ثم قال نعم لأنه [illegible] إن شئت فإن شئت فأنت طالق إذا اشتغلت باشتغال على
على المجلس الآخر [illegible] بالمؤنث بشارة [illegible] قال إن لم تقل شئت حتى قامت من المجلس فلا شيء لها ولا فرق بين قبل أن
[illegible] ولو قال أنت طالق [illegible] طالق إن شاء زيد فقال قد شئت واحدة لا يقع شيء لأنه ما شاء الكل ولو قال شئت [illegible]
أنت طالق إن شئت واحدة وإن ثنتين فقالت شئت يقع الثلاث ولو قال [illegible] إن شئت ينوي الطلاق ثلاث [illegible]
قالت لزوجها طلقني وطلقني وطلقني فقال الزوج طلقت فهي ثلاث ولو قالت طلقني طلقني طلقني فقال طلقت فهي واحدة [illegible]
[illegible] وقالت لزوجها تريد أن تطلقني [illegible] فقالت طلقت [illegible]

باب الأيمان في الطلاق اليمين في الأصل القوة قال [illegible] ولا يمين على [illegible]
[illegible] اليمين [illegible] بالله تعالى [illegible] القوة على المحلوف عليه من الفعل أو الترك [illegible] والتعريف
[illegible] تعليق [illegible] تعليق الموت [illegible]
[illegible] قوله وقال الشافعي لا يقع [illegible]
وقال مالك إن خص بلدا أو قبيلة أو صنفا أو امرأة صح وإن عم لم يصح [illegible] باب النكاح وبه قال ربيعة والأوزاعي وابن أبي ليلى إلا أن قال
كل امرأة أتزوجها فهي [illegible] العموم لأن الحرمة ترتفع بالتكفير وعندنا لا فرق بين العموم وبين الخصوص
إلا أن صحت في العموم مطلق يعني لا فرق بين أن يعلق بأداة الشرط أو معناه وفي [illegible] يشترط أن يكون بصريح الشرط فلو قال
هذه المرأة التي أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لأنه عرفها بالإشارة فلا يؤثر فيها الصفة أعني أتزوجها [illegible] قال هذه
طالق بخلاف قوله إن تزوجت هذه [illegible] ولو قال كل امرأة [illegible] فهي طالق [illegible]
كل جارية [illegible] لا تعتق لأن العتق لم يضف إلى الملك ولو قال لنصف المرأة التي أتزوجها طالق فتزوجها [illegible]
[illegible] لا تطلق لأن التعليق لم يصح ولو تزوج امرأة على أنها طالق لم تطلق لأنه تعليق [illegible]
لا يعتق [illegible] ويتمسك الشافعي بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح [illegible] من حديث المسور
[illegible] عنه صلى الله عليه وسلم [illegible] لا طلاق قبل النكاح [illegible]
والترمذي عنه صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذي حسن [illegible]
في هذا الباب والمرفوع [illegible] عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل قال يوم أتزوج فلانة فهي طالق ثلاثا قال طلق ما لا يملك [illegible]
[illegible] أبي ثعلبة [illegible] قال قال لي عم لي اعمل لي عملا حتى أزوجك ابنتي فقلت إن تزوجتها فهي طالق ثلاثا ثم بدا لي أن أتزوجها فأتيت رسول الله صلى
الله عليه وسلم فسألته فقال لي تزوجها فإنه لا طلاق إلا بعد النكاح قال فتزوجتها فولدت لي سعدا وسعيدا ولنا أن هذا تعليق [illegible] وهو الطلاق [illegible]
كالعتق والوكالة والإبراء والإذن [illegible] على النكاح [illegible] فيلغو وذلك لأن النكاح [illegible]

وإذا أضافه إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق وهذا بالاتفاق لأن الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط فيصح يميناً أو إيقاعاً

الصالح للإيجاب وهي سبب الانقطاع بخلاف العتق يصح تعليقه بالملك لأنه مندوب مطلوب للشارع فتعليقه به مبادرة إلى المندوب لتحصيله وإنما شرط الملك لحاجة ثبات الإطلاق عليه إلى الإباحة كما تحقق عند وجوده بالدخول كذلك قبل التزوج فإن النفس قد تتوق إلى تزوجها مع علمها بفساد حالها وسوء عشرتها فيخشى أن يجاوز فلما تحقق ما بالتعليق عليه بما يجتنبه منها ثم امتنع من مواقع القدر فيجب أن يشرع كما شرع تعليقه بخروجها ليستطاعه لما يلزم من الضرر عليه فتحقق المقتضى وهو حكم التعليق لما بيع هو مانع بل هو أولى بالتيسير تعليق حذق المشكوة فأسند كروا الجواب عن الأحاديث المذكورة إلا ما قيل الحديثين الأخيرين محمول على نفي التنجيز لأنه هو الذي المتعارف فيبقى على الأرضية من تيسر عليه قال وكذلك عند الشرع وحمل ما أثر عن السلف كالشعبي والزهري قال عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن الزهري أنه قال في رجل قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق وكل أمة أشتريها فهي حرة هو كما قال فقال له معمر أوليس قد جاء لا طلاق قبل النكاح ولا عتق إلا بعد ملك قال إنما ذلك أن يقول الرجل امرأة فلان طالق وعبد فلان حر وقول المصنف وفيه أثر شريح لا نعلم من كان يتبع الشعر ويدعم الحمل على ما بعده ما أثر عن السلف يعطي أنه أثر عن غيره ما أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والأسود وأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي بكر بن عمرو بن حزم وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامي في رجل قال إن تزوجت فلانة فهي طالق أو يوم أتزوجها فهي طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق قالوا هو كما قال وفي لفظ يجب عليه ذلك وقد نقل مذهبنا أيضاً عن سعيد بن المسيب وعطاء وحماد بن أبي سليمان وشريح رضي الله عنهم أجمعين ولا يخفى أن الأحيان قد شك في وصفها قال صاحب التنقيح وأما يستدل به قول الحديث لا واسطي وهو عمرو بن خالد ثم وشيخه وقال أحمد وابن معين كذاب وقال الأحمر عن ابن معين كذاب ابن معين وغيره وقال ابن عدي يسرق الحديث بل ضعف أحمد أبا بكر بن العربي القاضي شيخ النسائي جميع الأحاديث وقال ليس لها أصل في الصحيح كذا ذكر [illegible] والمراد من قيل لم يرو بطلب أحاديثها يتركها الأصل بما ساقه أن ما ترجح في هذا الدليل لو كان عدم تقديره صحة الحديث على أن تعليقه على تحقق التنجيز فإن التعليق بسبب محله من التزوج الذي أظهر قد يكون موجب حمله على التعليق والجواب ما ذكر من أنه شرع حكم الشرع فيه التعليق بقوله في الآية يقول قبل التزوج تنجيز ولو بعده وذلك خلافاً لأنه وفيه الحكم وقيل ذلك يعني أنه قد يسلم في الشرع في هذه الأحاديث وغيرها في اسم سيد لك أن تبنوا كون المعلق ليس خلافاً لتحريم من تناول النص في هو خلاف آخر عظم في وجود الشرط لأنه شرط لأن الجواب لمن يلي العرف والأنه يتصرف في الطلاق فيلحقه وكذا لشرع لو حانت أنه يمنعه منه أن يمنه الإجماع عليه فتركها في موطأ مالك أن سعيد بن عمر بن سليم الزرقي سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته إن هو تزوجها قال القاسم إن رجلاً جعل امرأة عليه كظهر أمه إن هو تزوجها فأمره عمر بن الخطاب إن هو تزوجها لا يقربها حتى يكفر كفارة المتظاهر وقد صح عن عمر رضي الله عنه التعليق بمكة فعلم ذكر عليه أنه كان إذا تعلق بالملك وأحد ما قرن فيه أيضاً ذكره في شيء ما أوقال إن تزوجتك أو أحد المتزوج به ففيه مشروع [illegible] تزوجها يصير سبباً في الحال بل يثبت له شبهة التصرف في محل في حال لا يدرك عليه فلم يكن كتعليق الصبي إذا قال إذا بلغت فزوجتك حتى يتعلق شرح حتى لا يثبت فيه [illegible] فيه ما أنه بيع فزوجها [illegible] من بحث ليس فيه [illegible] في شيء [illegible] وإذا ليس سبباً في الحال [illegible] من الصحة وعدم الحكم قبل حصول الشرط في الحال فيحمل التعليق في أن يكون شيء سبباً إلا بعد التحقق في الحال [illegible]

والشرط محمول على نفي التنجيز والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما ولو اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته
ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط

بدون اتصاله بذلك المحل شرعاً اعني ان يعتبر الشرع انه اتصل به سبباً للحكم فيه لا مجرد الاتصال في اللفظ فان سببيته ليست الا بايجابه
الحكم في محل ملوله لكونه ملزوماً للحكم فيحل حيث حل ولا ريب في ان الشرط يمنع من ذلك للقطع بانه لم يقل انت طالق الآن بل اذا كان كذا
فانت طالق اذ ذاك لا الآن فاذا كان ذاك يرتفع المانع وهو التعليق ثم ينزل بالمحل سبباً بخلاف البيع بشرط الخيار لانه لم يعلق البيع على متعذر
بل اثبته في الحال غير انه جعل له خياران يفسخ ان لم يوافق غرضه رفقاً به وهذا لا يمنعه من الوصول في الحال بل تحقق سببيته في الحال لو تأملت هذا
التركيب واما عدم اعتباره من الصبي فليس لعدم ولايته على المحل بل لعدم اهليته للتعليق كالتنجيز بخلاف البالغ فان افتقاره في التصرف الى المحل
انما هو عند قصد التنجيز فيه للحال وما نحن فيه التزام يمين يتعلق بها بالذات البر اعني منع نفسه من تزوجها وهذا يقوم به وحده فتضمن هذا منع كونه
تصرفاً في المحل في حال عدم ولايته عليه بل تصرف مقتصر عليه الا انه لما كان المنشأ حداً لجزئين فبتقدير ينعقد كلامه سبباً هو يستدعي المحلية وبها
معاً يتحققان على ملك النكاح لزم لصحة كلامه في الحال ظهور قيام ملكه عند انعقاده ثم رأينا الشرع صحح تكتفيا بظهور قيامه عنده فيما اذا قال للمنكوحة
ان دخلت فانت طالق فان قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فتصحيحه اياه مع تيقن قيامه احرى وذلك في التنازع وهو تعليقه بالملك بهذا
حصل الجواب عن الاغراض في تعليقه في الاجنبية بغير الملك ولذا رأينا الشرع صحح قوله للامة اذا ولدت ولداً فهو حر حتى يعتق بالولد مع عدم قيام ملكه في الولد
قبل الولاد فظهر بان قيام المحلية للحكم ليس شرطاً لصحة التعليق ولعمري ان حل هذه المقاصد اشتمل عليها عبارة المصنف بنهاية الايجاز وحلاوة الالفاظ
وقوله وقع عقيب النكاح يفيد ان الحكم يتأخر عنه وهو المختار لان الطلاق المقارن لا يقع كقوله انت طالق مع نكاحك اذ لا يثبت الشيء منتفياً مع حكمه
اثره تصرف يمين وهو اضافته بيانية اي تصرف هو يمين وكذا هو في قوله وهو قائم بالمتصرف اي فلا حاجة الى اشتراط المحل بل قيام ذمته الا في
كان وقول مالك سد على نفسه باب النكاح قلنا انما اذا لزم اذ قد يكون علم مصلحته في ذلك وبناء الحكم بغلبة الجور على نفسه او بناء لعدم يساره ولنفس
الحال فيوسعا على انه يتصور تزويجه عندنا بان يعقد له فضولي ويجيزه هو كالفعل كسوق المواجب اليها او الوطى واعلم ان مقتضى ما ذكر كون المضاف
لا ينعقد سبباً في الحال كالمعلق لكنهم جعلوه سبباً في الحال نحو انت طالق يوم يقدم فلان ولا فرق الا ظهور ارادة المتكلم الايقاع بخلاف المعلق وان
تقدم البرمكان هذا المعنى المعقول صار فاللفظ من تعليقه ولا يعرى من شيء مع ان نحو انت طالق غداً او اذا جاء غد حاصله قصد الايقاع وتم تعليقه
اذا جاء غد فعليها غير سبب في الحال والآخر سبباً في الحال واما تعليلهم لانه يتنزل سبباً عند الشرط لتطلق او وقع منجزاً كالمراد الا يقع حكماً ولهذا اذا علق العاقل
الطلاق ثم جن عند الشرط تطلق ولو كان كالملفوظ حقيقة لم يقع لعدم اهليته **فروع** في المنتقى ان تزوجت فلانة فهي طالق وان امرت
من يزوجنيها فهي طالق فامر انساناً ان يزوجها منه طلقت لانهما يمينان احدهما على الامر والاخرى على التزوج ولو قال ان تزوجت فلانة وان امرت
من يزوجنيها فهي طالق فامر انساناً فزوجها منه طلقت لان اليمين واحدة والشرط شيئان وقد وجدا بخلاف ما لو كان الواقع مجرد الامر حيث لا تنحل
اليمين ولهذا لو تزوجها من غير ان يامر احداً لا تطلق لانه بعض الشرط فان امر بعد ذلك رجلاً فقال زوجني فلانة فهي امرأته على حالها طلقت بحال
الشرط ولو قال ان تزوجت فلانة او امرت انساناً ان يزوجنيها فهي طالق فامر غيره فزوجه بكلمة لم تطلق لانه حنث بالامر قبل تزويج المعقود عليها فانحلت
اليمين بلا وقوع شيء فلا يحنث بتزوجه بعده وعن ابي يوسف رحمه الله اذا قال ان تزوجت فلانة او خطبتها فهي طالق فخطبها فتزوجها لا تطلق قال في الكتاب
لانه حنث في الخطبة فهذا يدل على ان اليمين منعقدة وهي رد على من قال اليمين غير منعقدة لان الشرط احدهما فاحدهما بعينه صالح والآخر كانه نفى

فيصح يمينا أو إيقاعا ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكا أو يضيفه إلى ملك لأن الجزاء لا بد أن يكون ظاهرا ليكون
مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور بأحد هذين والإضافة إلى سبب الملك بمنزلة الإضافة إليه لأنه ظاهر عند سببه فإن
قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لأن الحالف ليس بمالك وما أضافه إلى الملك وسببه ولا بد من واحد منهما

الحنث حتى لو تزوج قبل الأمر في المسألة التي قبلها وقبل الخطبة في هذه المسألة وقع بأن قال للمرأة ابتداء بحضرة رجلين تزوجتك بألف فقبلت طلقت
وفي فوائد شمس الأئمة الحلواني لو قال إن تزوجت فلانة فهي طالق أو تزوجت فلانة فتزوجها فلانة لا تطلق فإن طلقها ثم تزوجها تطلق لأنه
اعترض الشرط على الشرط كقوله إن تزوجتك فأنت طالق إن دخلت الدار لا تطلق حتى يتحقق مضمون الشرطين جميعا رجل له مطلقة فقال إن تزوجتها
فحلال الله علي حرام فتزوجها تطلق ولو قال لامرأتين إن تزوجت عليكما فحلال الله علي حرام ثم قال إن تزوجت عليكما فالطلاق علي واجب ثم تزوج
عليهما يقع على كل منهما تطليقة باليمين الأولى وتقع أخرى على واحدة منهما باليمين الثانية يصرفها إلى أيتهما شاء هذا في النوازل قال في المحيط وفيه نظر وينبغي أن لا تطلق في
اليمين الثانية لأن اليمين الثانية تعليق إيجاب الطلاق بالتزوج وأنه لا يصح بخلاف تعليق نفس الطلاق وينبغي أن يقع باليمين الأولى طلاق واحدة يصرفها إلى أيتهما شاء
لأن اليمين الأولى لما انصرفت إلى الطلاق صار كأنه قال إن تزوجت عليكما فإحدى امرأتي طالق وهناك يقع على إحداهما انتهى وفي نظره نظر أما قوله ينبغي أن لا تطلق في اليمين
الثانية إلى آخره فبناء على أن التنجيز بالطلاق علي واجب ليس بصحيح وأنت قد علمت ما في ذلك من الاختلاف وأن المختار وقوع الطلاق المذكور في النوازل
بناء عليه وأما قوله وينبغي أن يقع باليمين الأولى طلاق إحداهما إلى آخره فليس بصحيح لأن حلال الله عام استغراقي لا بدلي فيشمل الزوجين معا فقد حرمهما
وزان ويل طلاق ليس مثله لأن معناه امرأته وهو إنما يتناول الواحدة فقد أوقع الطلاق على واحدة مبهمة فإليه تعيينها وإذا قال كل امرأة أتزوجها
طالق فزوجه فضولي فأجاز بالفعل بأن ساق المهر ونحوه لا تطلق بخلاف ما إذا وكل به لانتقال العبارة إليه **قوله** فيصح يمينا أو إيقاعا أي فيصح التعليق
المذكور يمينا عندنا لأنه لا يلغى عندنا في الحال وإيقاعا عند الشافعي لأنه عنده سبب في الحال **قوله** ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكا
أو يضيفه إلى ملك لأن الجزاء لا بد أن يكون ظاهرا أي ظاهر الوجود أي ظاهر وجوده عند العقد وقوله وهو القوة أي على الامتناع هنا **قوله** والظهور بأحد هذين لفظ
الظهور هنا بالمعنى اللغوي وكذا لفظ ظاهر المذكور آنفا وما كان ظاهر الوجود فتعلق الإدراك به قد يكون على وجه الظهور بالمعنى العرفي أي من
وقد يكون على وجه القطع والحاصل أن قوله للأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق حين صدر لا يصح جعله إيقاعا لعدم المحل ولا يمينا لعدم
معنى اليمين وهو ما يكون حاملا على الامتناع لأنه لم يصدر مخيفا لعدم ظهور الجزاء عند العقد لعدم ظهور ثبوت الملكية عند وجود الشرط لا يقال لم
لم يكن الأمر فيه موقوفا على العاقبة إن تزوجها ظهر كونه يمينا وإلا فهو على الاحتمال إلى أن يموت أحدهما لأنا نقول تحقق عدم اليمين حال صدوره
لانتفاء حقيقته فإنه لم يقع مخيفا فلم يقع يمينا فلا يتحقق يمين في الوجود إلا بلفظ آخر وسبب الإضافة هنا أمارة لزوم نصف المهر إن تزوجها لأنه ح
يقع الطلاق فيجب المال فيمتنع من التزوج خوفا من ذلك وقد أورد على هذا قوله إذا حضت فأنت طالق فإنه يمين مع أنه لا حمل فيه ولا منع إذ لا طاقة
وأجيب بأن العبرة للغالب لا للشاذ **قوله** والإضافة إلى سبب الملك يعني التزوج بمنزلة الإضافة إليه قال الشافعي لا يصح لأن الملك يثبت عقيب
سببه فإذا كان الشرط هو ذلك السبب اقترن الملك والوقوع والطلاق المقارن لثبوت الملك أو لزواله لا يقع كطالق مع نكاحك أو مع موتي بخلاف ما إذا
علقه بنفس الملك فإنه يتقدم الملك والجواب ما قال بعضهم من حمل الكلام على الصحة أولى من إلغائه فيكون قد ذكر السبب وأراد المسبب فتقدير قوله
إن تزوجتك إن ملكتك بالتزوج لكن تعليل المصنف بقوله لأنه ظاهر عند سببه ينبو عن هذا إلا أن يحمل على بيان وجه التجوز بالسبب عن المسبب وتوجيه
اليمين فيه أمر ممنوع بل هو في هذا الفن من المسلمات وكان لسبب هو ما قال المصنف عنه ثم دفعوا الوارد على قولهم في قوله لأجنبية إن دخلت الدار
فأنت طالق فتزوجها فدخلت لا تطلق بأنه لم يعتبر تمام الكلام مفيد الصحيح والتقدير إن تزوجتك فدخلت حتى يصح ويقع كما قال ابن أبي ليلى

لان اليمين مذموم في الاثبات اذ غير مطلوب فلا نحتاط في تصحيحه وهذا ينافي ذلك الجواب ويكفي في جواب ابن ابي ليلى ما قدمه المصنف لكن لا يخفى انه
ان يقال انه ان يراد بالسبب المسبب وحقيقته والاولى تصحيح اليمين فيلزم شاء في المنقول عن ابي ليلى وعلى الشافعي يرد ما قول بشر المريسي والاولى
ان يدفع ما قال به ابن ابي ليلى بانه لا طريق الى تحقق تلك الارادة لانتفاء الحقيقة وطريق المجاز بخلاف ما نحن فيه وعلى هذا اليمين المذكورة لا تنعقد
ايضا لان الاولى ان يقال الاضافة الى سبب الملك مرادها الاضافة الى الملك كما اجاب به محمد **فرع** لو قال ان تزوجتك فانت طالق قبله
ثم تزوجها فعند ابي يوسف لا يقع لانه قدم الطلاق على النكاح وذكر انه وقت لا يقدر على ايقاعه فيه فلغى ذكر الوقت وبقي التعليق وعندنا لا يقع لان المعلق كالمنجز
عند وجود الشرط ولو قال انت طالق قبل ان املكك لا تطلق كذا هذا ولو قال لوالديه ان زوجتما امرأة فهي طالق ثلاثا فزوجاه امرأة بغير
امره فالتعليق لا يصح لانه غير مضاف الى ملك النكاح لان تزويج الوالدين بغير امره غير صحيح ولو قال رجل لاجنبية ان دخلت في نكاحي
فكل امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها لا تطلق ولو قال لها ان تزوجتك فما دمت في نكاحي فكل امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوجها
وتزوج غيرها تطلق **قوله** والفاظ الشرط الخ ومن جملتها لو ومن واي واين وانى ومتى وفيما تجزم الا واذا وقيل تجزم بها وانه يجيء في الشعر
انما يجزم باذا في الشعر وكذا لو قال ع لو يشاء طار به ذو ميعة ‡ لان الشرط مشتق من العلامة يعني الاسم الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك
قال تعالى فقد جاء اشراطها اي علاماتها وهذا لان الاشتقاق لا بد فيه من الاشتراك في المادة ولا مشاركة بين لفظ علامة وشرط في قوله فتكون
علامات على الحنث والحنث بوقوع الجزاء فالاصل ان معنى الفاظ الشرط علامات وجود الجزاء اي تدل على ذلك الذات الا فكل من هذه الالفاظ
وايضا كذلك في الجملة فانها لما كان فعلا كذلك كان لما فادها امتناع الشرط المستلزم لامتناع الجواب نحو لو جاءني زيد لاكرمته فيعرف ان ذلك انتفى
لو وجد لاستلزم وجود الجواب لان اللازم يثبت عند الملزوم وعلى هذا جميع الادوات تفيد الوجود للوجود والا ان لما كانت تعمل حيث وضعت
لافادة ان الشرط قد وجد وفرع منه فصت بقولنا حرف وجود لوجود ولو وضعت لافادة امتناع الملزوم ودلت على الوجود للوجود
بالالتزام فخصت بحرف امتناع ولم يذكرها المصنف لان مقصوده بيان ما يفيد معنى التعليق تماما على خطر الوجود لانها افادت تحقق عدمه فلا يحصل
معنى اليمين وان كان لو قال لو دخلت فانت طالق تعلق الطلاق كما ذكر التمرتاشي وغيره عن ابي يوسف ولكن ليس مبناها الاصلي الا التنبيه
ولذا قال بعضهم لا تعليق في الماضي في فروعنا لو قال انت طالق لو تزوجتك تعلق لو تزوجها وقد ورد في قوله تعالى وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية
الآية فذهب بعض النحويين الى تجويزه واكثر المحققين انها ليست للتعليق في الماضي واجابوا عن الآية بانه وقع عليه كلامهم وكذا لم يحصل
معنى اليمين في التعليق بلما لم يذكرها وذكر كلا وليست شرطا لثبوت معنى الشرط معها وهو التعليق بامر على خطر الوجود وهو الفعل الواقع بعدها لا الاسم
الذي اضيف اليه **فرع** قال انت طالق لولا دخولك او لولا ابوك او مهرك لا يقع وكذا في الاخبار بان قال طلقتك بالامس لولا كذا اعلم ان وقوع
وجوب الفاء لا يحقق التعليق الا بها الا ان يتقدم فيتعلق بدونها على خلاف في انه هو الجواب او يتضمن الجواب بعده والمقدم دليله وانا الفقيه
فنظره من جهة المعنى فلا عليه من اعتبار الجواب فاذا قال ان دخلت الدار انت طالق وقع للحال فان نوى تعليقه دين وكذا ان نوى تقديمه عن
ابي يوسف ولا يتنجز حملا لكلامه على الفائدة فتضمن الفاء كما في قوله من يفعل الحسنات الله يشكرها وقد يدفع بان اذا اجاب بالواو فانه يتنجز ويلغو الشرط لانه
يمكن تعليقه حتى لو نواه دين وفي الحكم روايتان ذكره في الغاية قال في الدراية ولو نوى تقديمه في هذه الصورة قيل يصح ويحمل الواو على الابتداء

قال ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه الا في كلمة كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الاية

وفيه ضعف لان واو الابتداء لا تستعمل الا في اول الكلام ومواضع الفاء جمعت منظومة في بيت هو طلبية واسمية وبجامد وبما ولن وبقد وبالسين واعلم ذكر بعض زيادة على ذلك وايضاحه لبعضهم فنظمتها في ثلاثة ابيات هي هذه تعلم جواب الشرط حتم قرانه بفاء اذا ما فعله طلبا اتى كذا جامدا او مقسما كان او بقد ورب وسين او بسوف ادريا فتى او اسمية او كان منفيا بما وان ولن من يحد عما حددناه قد عتى ولو اخر الشرط وادخل الفاء في الشرط بان قال انت طالق فان دخلت الدار لا رواية فيه فيمكن ان يقال تنجز لان الفاء صلة ويمكن ان يقال تتعلق لان الفاء حرف تعليق وقيل المذكور في حذف الفاء في موضع وجوبها وذكر الواو مع الجواب ان يكون التنجيز موجب اللفظ الا ان ينوي التعليق لاتحاد الجامع وهو عدم كون التعليق اثر كل مدلول للفظ فلا يثبت الا بالنية والفاء وان كان حرف تعليق لكن لا يوجبه الا في محله فلا اثر له هنا ولو قال انت طالق ان تنجز عند محمد لعدم ما يتعلق به وعند ابي يوسف لا لان ذكره بيان لارادة التعليق ولو قال انت طالق وان دخلت تنجز لعدم التعليق والصفة المعتبرة كالشرط لان ذلك في غير المعينة تشمل المرأة التي اتزوجها طالق اما في المعينة فلغو على ما قدمناه اول الباب ولو قال انت طالق ان دخلت بفتح الهمزة وقع في الحال وهو قول الجمهور لانها للتعليل والاثبات وبعد العلة وقد ناظر محمد الكسائي في ذلك في مجلس الرشيد فزعم الكسائي انها بمعنى اذا فاستدل الا بقوله يمنون عليك ان اسلموا وبقوله تعالى تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الارض وتخر الجبال هدا ان دعوا للرحمن ولدا وقول محمد اولى ذلك الاصل لعلماء وليس المراد في الآيتين ما ذكر بل التعليل هو المعنى الظاهر فيهما ولو قال انت طالق وان دخلت طلقت بكل حال لان الواو في مثله عاطفة على شرط هو نقيض المذكور على ما عرف في موضعه تقديره ان لم تدخلي وان دخلت وهي الوصلية وتقع في الحال بقوله انت طالق ان خلت وبقوله ادخلي الدار وانت طالق يتعلق بالدخول لان الحال شرط مثل اولى الفاء وانت طالق لا تتعلق

تنجز قوله ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط واذا تم وقع الحنث فلا يتصور الحنث مرة اخرى الا بيمين اخرى او بعموم تلك اليمين وليس فليس ثم قال بعضهم في متى انها تفيد التكرار كقوله متى تاته تعشو الى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد والحق انها انما تفيد عموم الاوقات بمعنى ان اي وقت تاتي تجد ذلك ففي مثله خرجت فانت طالق المفاد ان اي وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق فاذا تحقق في وقت وقع ثم لا يقع بخروج آخر الا لو افادت التكرار وان مع لفظ ابدا صار في لفظ متى بانفراده فاذا قال ان تزوجت فلانة ابدا فهي طالق فتزوجها فطلقت ثم تزوجها ثانيا لا تطلق كذا اجاب ابو النصر الدبوسي ومن غرائب المسائل ما في الغاية من قال لنسوة له من دخل منكن فهي طالق فدخلت واحدة منهن مرارا طلقت بكل مرة لان الفعل وهو الدخول اضيف الى جماعة فيراد به عموم الفعل عرفا فيعد مرة اخرى استشهد لقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا افاد العموم ولذا تكرر الجزاء على قاتل واحد وبما ذكر محمد في السير الكبير اذا قال الامام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما واستشكل بان العموم في الاول لعموم الصيد المحلى باللام ثم رجع اليه ضمير من قتله فعليه جزاؤه فعم لذلك لا لما ذكر وعموم الثاني بدلالة الحال وهو ان مراده التشجيع وكثرة القتل قيل والاولى الاستشهاد بقوله تعالى واذا رايت الذين يخوضون في آياتنا الآية حيث يحرم القعود مع الواحد في كل مرة فقد افادت اذن التكرار لعموم الاسم الذي نسب اليه فعل الشرط والاوجه ان العموم بالعادة لا بالصيغة فيهما لما فيهما من ترتيب الحكم وهو الجزاء في الاول ومنع القعود على المشتق منه وهو القتل والخوض فيتكرر به وفي المحيط وجوامع الفقه لو قال اي امرأة اتزوجها فهي طالق فهو على امرأة واحدة بخلاف كل امرأة اتزوجها حيث يعم بعموم الصفة واستشكل حيث لم يعم اي امرأة اتزوجها بعموم الصفة قوله في كلما يتكرر ومن لطيف مسائلها اذا قال لامرأته وقد دخل بها كلما حلفت فانت طالق فطلقها طلقة يقع ثنتان ولو قال كلما وقع طلاقي عليك فانت طالق فطلقها واحدة وقع الثلاث والفرق

ومن ضرورة التعميم التكرار **قال** فإن تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لأن باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر رحمه الله وستعرفه من بعد إن شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق تطلق بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر لأن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور **قال** وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لأنه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين ثم إن وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لأنه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين لما قلنا وإن وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية وإن اختلفا في الشرط فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة لأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط ولأنه منكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل أن يقول إن حضت فأنت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس أن لا يقع لأنه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان أنها أمينة في حق نفسها إذ لا يعلم ذلك إلا من جهتها فيقبل قولها

إن الشرط في الثانية اقتضى تكرار الجزاء استكرار الوقوع فيتكرر إلا أن الطلاق لا يزيد على الثلاث فيقتصر عليها وفي الأولى اقتضى تكرار الجزاء بتكرار الوقوع فيتكرر إلا أن الطلاق لا يوجد الشرط فيقع تطليقتان أحدهما بحكم الإيقاع والأخرى بحكم التعليق **قوله** ومن ضرورة التعميم التكرار أي في كل عموم ولا تكرار هنا لو قال كل امرأة أتزوجها طالق فتزوج امرأة فطلقت ثم تزوجها بعد ذلك لا تطلق وأما الوقوع على امرأة أخرى تزوجها فباعتبار عموم الاسم فلم ينشأ من نفس الشرط وأجيب بأن المراد تعميم الأفعال والتكرار من ضرورته لأنه كما يكون باعتبار القيام بآحاد متعددة يكون بتجدد الأمثال من واحد **قوله** ولو دخلت على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة أبدا لأن الشرط ملك يحدث في المستقبل وهو غير محصور وكلما وجد الشرط تبعه ملك الثلاث فيتبعه جزاؤه وعن أبي يوسف في المنتقى إذا قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق فتزوج امرأة طلقت فإن تزوجها ثانيا لا تطلق إلا مرة واحدة ولو قال ذلك لمعينة كلما تزوجتك وتزوجت فلانة تكرر دائما واستوضحه بما إذا قال كلما اشتريت ثوبا أو ركبت دابة لا يلزمه ذلك إلا مرة واحدة والحاصل أن كلما عند أبي يوسف رحمه الله إنما توجب التكرار في المعينة لا في غير المعينة وحقيقة البحث أن جادة واتحاد الحاصل بين كل وكلما إذا انسب فعلهما إلى منكر فإن قلت فيهما فرق فإن كل إنما يقتضي عموم الأسماء وعموم الأفعال تثبت ضرورة وكلما تقتضيه في الأفعال وعموم الأسماء تثبت ضرورة فإذا وجد في لفظ كل اسم واحد انحلت في حقه ولا يتكرر بنفسه وبقيت فيما سواه من الأسماء وفي كلما إذا وجد فعل انحلت باعتباره وبقيت فيما سواه من الأفعال المماثلة سواء تعلقت بالتعلق به أولا أو لا قلنا قد اعترفتم بثبوت عموم الأسماء ضرورة ولا حاجة بنا إلى النظر إلى سببه إذ المقصود أنه ثبت العموم في الأفعال والأسماء فصار الحاصل كل أتزوج لكل امرأة وفي مثله تنقسم الآحاد على الآحاد كما هو على قرنه في ركب القوم دوابهم وجعلوا أصابعهم في آذانهم فلزم بالضرورة أنها إذا انحلت في فعل انحلت في اسمه فلا يتكرر الحنث في امرأة واحدة هذا هو الجامع بين هذه المسألة وبين ما قاس عليه من المسألتين ويدفع بأن انقسام الآحاد على الآحاد عند التساوي وهو منتف لأن دائرة عموم الأفعال أوسع لأن كثيرا من أفرادها يتحقق بالتكرر من شخص واحد وقد فرض عمومه بكلما فلا يتيسر كل اسم بفعل واحد فقط والله الموفق للصواب إليه المرجع والمآب **قوله** وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها حتى لو طلقها فانقضت عدتها بعد التعليق بدخول الدار ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا إذا قال لعبده إن دخلت فأنت حر فباعه ثم اشتراه فدخل عتق ولا بد من تقييد عدم البطلان بما إذا أزال الملك بما دون الثلاث أما إذا طلقها ثلاثا فتزوجت بغيره ثم عادت فدخلت لا تطلق على ما سيأتي ثم إن وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين إلى آخر ما في الكتاب هذا وكما يبطل التعليق بتنجيز الثلاث خلافا لزفر رحمه الله كذلك يبطل بلحاقه بدار الحرب عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما حتى لو دخلت الدار بعد لحاقه وهي في العدة لا تطلق خلافا لهما وفائدة الخلاف فيما إذا جاء تائبا مسلما فتزوجها ثانيا لا ينتقص من عدد الطلاق شيء عنده وينتقص عندهما **قوله** وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة لأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط ولأنه منكر وقوع الطلاق وعلى هذا لو قال إن لم تدخلي اليوم فأنت طالق فقالت لم أدخل وقال دخلت فالقول له وإن كانت متمسكة بالأصل وهو عدم الدخول ولو قال إن لم أجامعك في حيضتك فأنت طالق فقالت لم تجامعني وقال فعلت فالقول له مع أنها متمسكة بالظاهر من عدم الجماع في الحيض لداعية إلى عدمه لكونه أنكر الطلاق واستحضر ما في النكاح لو قال بلغك الخبر فسكت وقالت رددت القول قولها خلافا لزفر رحمه الله وهذا أيضا أصل كلي بخلاف ما لو قال وهي في طهر خال عن الجماع أنت طالق للسنة ثم قال جامعتك في حيضتك فأنكرت فالقول لها إن كانت ظاهرة لأنه يريد إبطال حكم واقع بعد وجود السبب بالمضاف إليه أما الأول فإن المضاف سبب في الحال وأما الثاني فلأن الوقت وقت طلاق السنة بالفرض فإن

كما قيل في حق العدة والغشيان ولكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها ولكن لك لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت احبه او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت هي ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها لما بينا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخليص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهي المحبة واذا قال لها اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلثة ايام لان ما ينقطع دونه لا يكون حيضا فاذا تمت ثلثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم

كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها عليه الاربعة رحمهم الله تعالى وعن احمد لا يقع ويختبر بالنساء بادخال قطنة في فرجها في زمان قالت ذلك وقع بانها امينة مامورة باظهار ما في رحمها بقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن تحريم كتمانها امر باظهارها وفائدة الامر بالاظهار ترتيب احكام المظهر وهو فرع قبوله مع ان ادخال القطنة لا توصل الى علم لانه يجوز اخذ دم من خارج تحملت ولانه لم تطلق فلانة هذا اذا كذبها اما لو صدقها طلقت فلانة ايضا وكذا في جميع نظائره **قوله** كما قيل في حق العدة اي انقضائها حتى لو طلقها طلاقا رجعيا ثم اراد مراجعتها فقالت له بعد مدة تحتمل صدقها قد انقضت انقطع حق الرجعة او قالت لرجل آخر انقضت عدتي من فلان والمدة تحتمله جاز له تزويجها اذا غلب على ظنه صدقها والغشيان اي حل الوطء وحرمته فلو قالت انا حائض حرم او طاهر حل وقالت للمطلق ثلثا تزوجت بزوج آخر ودخل بي وطلقني حلت له لا يقال ما تكون حاضت او لا فعلى الاول يقع عليهما وعلى الثاني لا يقع واحدة منهما لانا نقول المنظور اليه في حقها شرعا الاخبار لانها امينة وفي حق ضرتها حقيقته وشهادتها على ذلك شهادة فرد واخبارها به لا يسري في حقها مع التكذيب لا يبعد في ان يقبل قول الانسان في حق نفسه لا غيره كاحد الورثة اذا اقر بدين لرجل على الميت فيقتصر على نصيبه الا ان يصدقه الباقون والمشتري اذا اقر للبيع للمستحق لا يرجع بالثمن على البائع هذا وانما يقبل قولها اذا اخبرت بالحيض وهو القائم اما بعد الانقطاع فلا لانه ضروري فيشترط قيام الشرط بخلاف قوله ان حضت حيضة حيث يقبل قولها في الطهر الذي في الحيضة لا قبله ولا بعد حتى لو قالت بعد مدة حضت وطهرت وانا الآن حائض بحيضة اخرى لا يقبل قولها ولا يقع لانها اخبرت عن الشرط حال عدمه ولا يقع الا اذا اخبرت عن الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة فحينئذ يقع وهذا لانها جعلت امينة شرعا فيما تخبر من الحيض والطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بهما فلا تكون هي مؤتمنة حال عدم تلك الاحكام لعدم الحاجة اذا كذبها الزوج ولو قال لامرأتيه اذا حضتما فانتما طالقان فقالتا حضنا لم تطلق واحدة منهما الا ان يصدقهما فان صدق احديهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة وان كن ثلثا فقال ذلك فقلن حضنا لم تطلق واحدة منهن الا ان يصدقهن وكذا ان صدق واحدة منهن فان صدق ثنتين فقط طلقت المكذبة دون المصدقات ولو كن اربعا والمسئلة بحالها لم يطلقن الا ان يصدقهن وكذا ان صدق واحدة او ثنتين وان صدق ثلثا فقط طلقت المكذبة دون المصدقات والاصل ان حيض الكل شرط للوقوع عليهن فلم تطلق واحدة حتى يحضن جميعا وان حاض بعضهن يكون ذلك بعض ما يثبت به الحكم فلا يثبت وان قلن جميعا حضنا لا يثبت حيض كل واحدة الا في حقها الا ان يصدقها فيثبت في حق الكل وان صدق البعض وكذب البعض تطلق فان كانت المكذبة واحدة طلقت هي وحدها لتمام الشرط في حقها لان قولها مقبول في نفسها وقد صدق غيرها فتم الشرط فيها ولا تطلق غيرها لان المكذبة لا يقبل قولها في غيرها فلم يتم الشرط في الغير وان كذب اكثر من واحدة لم تطلق واحدة منهن لان كل واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها الا في حق نفسها فكان الموجود بعض الشرط فلا تطلق واحدة منهن حتى يصدق من سواها جميعا **قوله** وكذلك اذا قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله الى قوله لما بينا يريد انها امينة في حق نفسها شاهدة في حق ضرتها وقوله ولا يتيقن بكذبها جواب سؤال تقديره نزول الجزاء باعتبار خبرها بناء على احتمال صدقها فاما هنا فكذبها متيقن فكيف يحكم الجزاء مع العلم بانتفاء الشرط اجاب بمنع تيقنه فان الانسان قد يبلغ به ضيق الصدر وعدم الصبر وسوء الحال الى درجة يحب الموت فيها فجاز ان يحملها شدة بغضها مع غلبة الجهل وعدم الذوق لامر العذاب في الحال على تمني الخلاص منه بالعذاب ولو قال لها ان كنت تحبيني بقلبك فانت طالق فقالت احبك كاذبة طلقت قضاء وديانة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان المحبة بالقلب فذكره وعدمه سواء فصار كمسئلة الكتاب وقال محمد رحمه

فكان حيضا من الابتداء ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال لها اذا صمت لانه لم يقدر بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع اخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال الانقضاء فاذا في حال يقع واحدة وفي حال يقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاحتمال والاولى ان يأخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا

لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان صدقت لان الاصل في المحبة بالقلب واللسان خلف عنه وتقييده بالاصل مثل الخليفة فلما ابيح مع امكان الوقوف على ما في قلبها اوجب النقل الى الخلف مطلقا فاستوى التقييد وعدمه وفي الظهيرية ما يدل على ان المحبة بالقلب لا تعتبر وان امكن الاطلاع عليها وهو قال لامرأته انت طالق ان كنت تحبين كذا ثم قال لست احبه كان ذلك فانها مراته فيما بينه وبين الله تعالى والمشكل السرخسي هذا بانه ان لم تعلم ما في قلبها لم يعلم ما في قلب نفسه لكن الطريق ما قلنا ان القلب منقلب لا يثبت على شيء فالوقوف على حقيقة المحبة متعذر والاحكام انما تناط بالاسباب الظاهرة لا الحقيقة كما في حقيقة ما يتعلق بالسفر والحديث بالنوم والجنابة بالتقاء الختانين ولا يخفى ما فيه بالنسبة الى قائله واعلم ان التعليق بالمحبة انما يفارق التعليق بالحيض في انه يقتصر على المجلس لكونه تخييرا حتى لو قامت وقالت احبك لا تطلق وانها لو كانت كاذبة تطلق فيما بينه وبين الله تعالى وفي الحيض لا يقتصر على المجلس على سائر التعليقات ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان تكون صادقة **فرع** في الجامع الاصغر قال الفقيه ابو جعفر اذا قالت المرأة لزوجها شيئا من السب نحو قرطبان وسفلة فقال ان كنت كما قلت فانت طالق طلقت سواء كان الزوج كما قالت او لم يكن لان الزوج في الغالب لا يريد الا ايذاءها بالطلاق كما اذته وقال الاسكاف فيمن قالت يا قرطبان فقال زوجها ان انا قرطبان فانت طالق فتطلق وان قال اردت الشرط يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ونص بعضهم على ان فتوى اهل بخارا على المجازاة دون الشرط **قوله** فكان حيضا من الابتداء فيجب على المفتي ان يعين ذلك فيقول طلقت حين رأت الدم وتظهر ثمرة هذا الاستناد فيما اذا كانت غير مدخول بها فتزوجت حين رأت الدم او كان المعلق بالحيض عتقا فجنى العبد وجنى عليه بعد رؤية الدم قبل ان يستمر فانه اذا استمر ثلاثة ايام يصح النكاح ويعتبر في العبد جناية الاحرار ولا يحتسب هذه الحيضة من العدة لانها بعض حيضة لانه حين كان الشرط رؤية الدم لزم ان يقع الطلاق بعد بعضها **قوله** ولو قال لها ان حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر يحكم بطلاقها عن هذا افترق الحال بين ان حضت حيضة فانت طالق وان حضت حيث لا يكون لاول حيض لانه انما يقع في الطهر بخلاف الثاني ثم انما يحكم بالطهر فيقع فيما دون العشرة بالاغتسال وما يقوم مقامه من صيرورة الصلوة دينا في ذمتها واما في العشرة بمجرد الانقطاع **قوله** لان الحيضة بالهاء هي الكاملة عن هذا لو قال نصف حيضة كان الحكم كما في حيضة لانه اسم للكامل وهي لا تتجزى خلافا لزفر في قوله تطلق بحيض خمسة ايام للتيقن بالنصف قلنا هذا النصف قد يصير مدة لا نصف الدرو ولو كانت حائضا لا تطلق ما لم تطهر ثم تحيض واذا قال للطاهر انت طالق اذا طهرت لم تطلق حتى تحيض فتطهر لان اليمين تقتضي شرطا مستقبلا وهذا الحيض قد مضى بعضه وبقي بعضه ما مضى لم يدخل تحت اليمين والباقي تبع للماضي فلا يتناوله اليمين كما لا يتناوله الماضي بخلاف قوله انت طالق قبل ان تحيضي حيضة بشهر حيث تطلق اذا امتدت فلا يتقرر الطهر والمراد بحديث الاستبراء قوله صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس الا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وسنتكلم عليه في موضعه ان شاء الله تعالى **قوله** بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدر بمعيار اذ لم يقل اذا صمت يوما او شهرا فيتعلق بالمسمى صوما في الشرع وقد وجد الصوم بركنه وشرطه بامساك ساعة فيقع به وان قطعته بعده وكذا اذا صمت في يوم او في شهر لانه لم يشترط كماله بخلاف ما اذا قدره بمعيار كما اذا صمت يوما فانه لا يقع الا بعد الغروب من اليوم الذي صامت فيه ونظيره اذا صمت صوما لا يقع الا بتمام يوم لانه مقدر بمعيار واذا صليت صلوة يقع بركعتين وفي اذا صليت يقع بركعة **قوله** ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايها الاول لانه لو علم وقع المعلق بالسابق ولا يقع باللاحق شيء لان الطلاق المقارن

وان قال لها ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلثا ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلثا مع الواحدة الاولى وقال زفر لا يقع وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر او وجدا في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع ايضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسئلة الكتاب الخلافية له اعتبار الاول بالثاني اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة

لانقضاء العدة لا يقع وان اختلفا فالقول للزوج لانه منكر للزيادة وتقرير المسئلة واضح من الكتاب وعن الشافعي من اين يقع الثلث الخ فيه مشاقيل ينبغي ان لا يعول عليه لانه يستحيل عادة غير انه ان تحقق ولادتهما معا يقع الثلث ويثبت بالاقرار ولو ولدت غلاما وجاريتين ولا يدري ايهم اول يقع ثنتان في القضاء وثلاث في التنزه لان الغلام ان كان اولا تطلق ثلثا واحدة به وثنتين بالجارية الاولى لان العدة لا تنقضي بما في البطن ولد وان كان آخرا يقع ثنتان بالجارية الاولى ولا يقع بالثانية شيء لان اليمين بالجارية انحلت بالاولى ولا يقع شيء بالغلام لانه حال انقضاء العدة فتردد بين ثلث وثنتين فيحكم بالاقل قضاء وبالاكثر تنزها ولو ولدت غلامين وجارية لزمه واحدة في القضاء وفي التنزه ثلث لانه ان كان الغلام اولا وقعت واحدة به ولا يقع بالثاني شيء ولا بالجارية الاخيرة لانقضاء العدة وان كانت الجارية اولا وقع ثنتان بها وواحدة بالغلام بعدها او قبلها فتردد بين ثلث وواحدة ولو قال ان كان حملك غلاما فطالق واحدة وان جارية فثنتين فولدتهما لم تطلق لان حملك اسم جنس مضاف فيعم فالم يكن الكل غلاما او جارية لا يقع كما في قوله ان كان ما في بطنك غلاما والباقي بحاله كقوله ان كان ما في هذا العدل حنطة فهي طالق او دقيقا فطالق فاذا فيه حنطة ودقيق لا تطلق ولو قال ان كان في بطنك والباقي بحاله وقع الثلث في الجامع لو قال ان ولدت ولدا فانت طالق فان كان الذي تلدينه غلاما فانت طالق ثنتين فولدت غلاما يقع الثلث لوجود الشرطين لان المطلق موجود في المقيد في قول لك الشافعي. **قوله وان قال لها ان كلمت** ابا عمرو وابا يوسف حاصل مبنى الخلاف انه اذا جعل الشرط فعلا متعلقا باثنين من حيث هو متعلق بهما نحو ان دخلت هذه الدار وهذه اشترط للوقوع قيام الملك عند آخرهما عندنا وقال زفر عند كل منهما وقياسه فيما اذا كان فعلا قائما باثنين من حيث هو قائم بهما ان يكون كذلك مثل ان يقول ما زيد وعمرو فانت طالق فان الشرط مجيئهما فلا يقع طلاق واحد الا ان يجيء كل منهما وقد ذكرنا ما يعرف ذلك في مسئلة اذا اقعمتا فانتما طالقان وجعل في الكنز مسئلة الكتاب من تعدد الشرط ليس كذلك لان تعدده بتعدد فعل الشرط ولا تعدد في الفعل بل هو متعلق في متعلقه ولا يستلزم تعدده تعدده فانما لو كلمها معا تحقق الطلاق لوجود الشرط وغايته تعددها بالقوة وجه قول زفر ما اعتبار الاول من الوصفين بالثاني في وجوب قيام الملك عنده اذ هما في حكم هذا الطلاق كالشيء الواحد فيتوقف على كل منهما ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم وانما اشترط لصحته فيما نحن فيه مع الاهلية قيام الملك في الحال او كون الشرط الملك ليصير الجزاء في الاول غالب الوجود بتقدير الشرط نظرا الى ظهور الاستصحاب فيتحقق في الثاني فيتحقق بذلك معنى اليمين وهو الاضافة الحاملة على الامتناع او الفعل فاذا تمت لا يحتاج في بقائها الى ذلك لان بقاءها بعد تحقق حقيقتها بقيام الذمة فانما يحتاج اليه لوقوع الحنث او الحنث لا يثبت الا عند الاخير والشرط الملك الا عنده وهذا وعده المصنف في اوائل الكتاب واما الشرطان فتحققهما حقيقة تكرارها بهما وهو على وجهين بواو وبغيرها الثاني كقوله ان اكلت ان لبست فانت طالق لا تطلق ما لم تلبس ثم تاكل فيتقدم المؤخر وهو الذي سماه محمد اعتراض الشرط على الشرط وصورته في الجامع قال كل امراة اتزوجها ان كلمت فلانا فهي طالق يقدم المؤخر فيصير التقدير ان كلمت فلانا فكل امراة اتزوجها فهي طالق واستغنى عن الفاء بتقديم الجزاء فالكلام شرط الانعقاد والتزوج شرط الانحلال واصله قوله تعالى ولا ينفعكم نصحي ان اردت ان انصح لكم ان كان الله يريد ان يغويكم المعنى ان كان الله يريد ان يغويكم فلا ينفعكم نصحي ان اردت ان انصح لكم وقوله تعالى وامراة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان اراد النبي ان يستنكحها فالجواب احللنا لك امراة مؤمنة بهبتها نفسها للنبي ان اراد النبي فالمعنى ان اراد النبي ان ينكح مؤمنة وهبت نفسها فقد احللناها ووجه المسئلة انه لا يمكن ان يجعل الشرطان شرطا واحدا لنزول الجزاء لعدم العطف فان روي عن محمد في غير رواية الاصول انه رجع عن التقديم والتاخير وقال كل شرط في موضعه وهو رأي امام الحرمين من الشافعية لان الاصل عدم التقدير الا بدليل والكلام في مثله

وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت إلى الأول فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد هي طالق ما بقي من الطلقات وهو قول زفر وأصله أن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما فتعود إليه بالثلاث وعند محمد وزفر لا يهدم ما دون الثلاث فتعود إليه بما بقي وستبين من بعد إن شاء الله تعالى وإن قال لها إن دخلت

الدار فأنت طالق ثلاثا ثم قال أنت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر يقع الثلاث لأن الجزاء ثلاث مطلق لإطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى اليمين ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك لأنها هي المانعة لأن الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع أو الحمل وإذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين بخلاف ما إذا أبانها لأن الجزاء باق لبقاء محله

العقد والشرط الثاني شرط البعد وهو الجزاء لعدم الفاء الرابطة وثبت التقديم والتأخير أخف من إضمار الحرف لأنه يصح للمنطوق من غير تغيير فوجب
فكان قوله إن كلمت مقدما من تأخير لأنه في حيز الجواب للتأخير والتقدير إن لبست فإن كلمت فأنت طالق وهذا بناء على ما قدمنا من لزوم الترتيب في مثل إن كلمت
فأنت طالق وعلى ما قدمنا عن أبي يوسف ومن لزوم الإضمار الفاء يجب أن لا ينعكس الترتيب في التجريد لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت
فلانا لا بد من اعتبار الملك عند الشرط الأول فإن طلقها بعد الدخول بها ثم دخلت الدار وهي في العدة ثم كلمت فلانا فهي في العدة طلقت انتهى وهو علم
الظاهر من التقديم والتأخير فكان المتقدم شرط الانحلال فيعتبر الملك عنده وعلى هذا إذا قال إن أعطيتك إن وعدتك إن سألتني فأنت طالق لا تطلق
حتى تسأله أولا ثم يعدها ثم يعطيها لأنه شرط في العطية الوعد وفي الوعد السؤال فكأنه قال إن سألتني إن وعدتك إن أعطيتك وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي
رحمهما الله ومن المشايخ من قيد ذلك بما إذا كان الشرط بإذا فإن كان بإن تعلق بوجودها كيفما كان لأن المعروف في ذلك إذا كان مع الأول وإذا قال أنت طالق
إذا قدم فلان وإذا قدم فلان أو ذكر بكلمة أو حتى فأيهما قدم أولا يقع الطلاق ثم لا ينحل فيعدم الآخر وإن قدم قوله أنت طالق إذا قدم فلان يمين تام لوجود
الشرط والجزاء والشرط الثاني لا جزاء له إذا عطف على شرط تعلق به جزاؤه وتعلق جزاؤه بعينه به كأنه قال وإذا قدم فلان فأنت طالق تلك التطليقة فلو
وجدا معا لم يقع إلا طلاق واحد وكذا إذا أدخل الجزاء بين الشرطين فقال إن قدم فلان فأنت طالق وإذا قدم فلان أيهما سبق وقع ثم لا يقع عند
الثاني شيء إلا أن ينوي أن يقع عند كل واحد تطليقة فيقع أخرى عند الثاني وإن أخر الجزاء فقال إذا قدم فلان وإذا قدم فلان فأنت طالق لا يقع
حتى يقدما لأنه علق شرطا محضا على شرط لا حكم له ثم ذكر الجزاء فيتعلق بهما فصار شرطا واحدا فلا يقع إلا بوجودهما لأنه لو وقع بأولهما صار عطفهما على اليمين كلا
أو على الشرط فقط فإن نوى وقوع الطلاق بأحدهما صحت نيته وفيه تقديم الجزاء على أحد الشرطين وفيه تغليظ على نفسه فأما إذا عطف بلا واو
كان الجميع شرطا واحدا كما في مسألة الكتاب إلا أن ينوي وقوع الطلاق بأحدهما لأنه نوى ما يحتمله كلامه كذا في شرح الزيادات **تنبيه** يشترط في
الشرط الاتصال كالاستثناء وعروض اللغو بينه وبين الجزاء فاصل يبطل التعليق وفي الجامع لو قال إن دخلت إن دخلت فأنت طالق يتعلق استحسانا
وقال الكرخي ينبغي أن لا يتعلق على قوله لأن الثاني لغو كقوله حر حر إن شاء الله على قوله والجواب أنه تأكيد بخلاف حر حر لأن التأكيد بلفظه
بالواو وهاهنا ليس كذلك وحر حر إن شاء الله ولا يعتق فيه وأجمعوا أن السكوت واللغو لا يمنعان العطف ما دام في المجلس كذا في الذخيرة لأن العطف
غير مغير بل مقرر بخلاف الشرط والاستثناء وإذا تعقب الشرط جملة ليست أيمانا تامة كما ذكرناه من قريب قيد الكل وإذا قال أنت طالق وعبده حر إن
كلمت فلانا تعلق كل منهما به وعن هذا إذا قال أنت طالق واحدة وثنتين وثلاثا إن دخلت صح التعليق فيتعلق الثلاث **قوله** وإن قال لها إن دخلت
فأنت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين إلى آخره فائدة الخلاف لا تظهر في الصورة المذكورة في الكتاب للاتفاق فيها على وقوع الثلاث أما عند محمد فلأن
واحدة بها يكمل الثلاث وأما عندهما فالثلاث المعلقة بواسطة تكملة الثنتين بالهدم مع الواحدة الباقية وإنما تظهر فيما إذا علق طلقة واحدة ثم نجز ثنتين ثم تزوج
غيره ثم عادت إلى الأول ثم وجد الشرط فعند محمد تحرم حرمة غليظة وعندهما لا إذ يملك بعد الوقوع ثنتين **قوله** وستبين من بعد ونحن نبينه
إن شاء الله **قوله** ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك لما قدمناه من أن معنى اليمين إنما يتحقق بكون الجزاء غالب الوقوع لتحقق الإخافة وإنما
عند استيفاء الطلقات الثلاث عدم العود لأنه موقوف على التزوج بغيره والظاهر عند التزوج به عدم قصد عودها إلى الأول لأنه عقد لبعد
فلا يكون غير الملك القائم مرادا لعدم تحقق اليمين باعتباره فتقييد الإطلاق به بدلالة حال المتكلم أعني إرادة اليمين وإيقاعه وقوع الثلاث

ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلاثا وإن لبث ساعة لم يجب عليه المهر وإن أخرجه ثم أدخله وجب عليه المهر وكذا إذا قال لأمته إذا جامعتك فأنت حرة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه أوجب المهر في الفصل الأول أيضا لوجود الجماع بالدوام عليه إلا أنه لا يجب عليه الحد للاتحاد ووجه الظاهر أن الجماع إدخال الفرج في الفرج ولا دوام للإدخال بخلاف ما إذا أخرج ثم أولج لأنه وجد الإدخال بعد الطلاق إلا أن الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر إلى المجلس والمقصود وإذا لم يجب الحد وجب العقر إذ الوطء لا يخلو عن أحدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله لوجود المساس ولو نزع ثم أولج صار مراجعا بالإجماع لوجود الجماع **فصل في الاستثناء**

عن المحلية له وإنما تحدث محليتها بعد الثاني فصار كالمرتدة تحدث محليتها بالإسلام وبطلان المحلية للجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بأن قال إن دخلت هذه الدار فجعلت بستانا أو حماما لا تبقى اليمين فهذا كذلك بخلاف قوله لعبده إن دخلت فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل حيث يعتق لأن محليته بالرق ولم تزل بالبيع وبخلاف ما إذا طلقها اثنتين والمسألة بحالها ثم تزوجت بغيره ثم عادت إليه فوجد الشرط حيث يقع المعلق خلافا لزفر حيث يوقع الواحدة الباقية لأنه استفاد حلا جديدا يملك به الثلاث لأن عدم بقاء اليمين بعدم المحلية ولم تزل بالطلقتين وكانت باقية حال عودها إليه وقد قال بعض أفاضل أصحابنا ينبغي أن لا يقع إلا واحدة كقول زفر رحمه الله لقولهم المعلق طلقات هذا الملك والفرض أن الباقي من هذا الملك ليس إلا واحدة فكان كما لو طلق امرأته ثنتين ثم قال أنت طالق ثلاثا فإنما تقع واحدة لأنه لم يبق في ملكه سواها والجواب أن هذه شبهة عرضت وهو المعنى أن المعلق طلقات هذا الملك ثلاثا ما دام ملكها فإذا زال بقي المعلق ثلاثا مطلقة كما هو اللفظ لكن بشرط بقائها محلا للطلاق فإذا نجز ثنتين والشك ملك ثلاث فبقي المعلق ثلاثا مطلقة وبقيت محليتها وأمكن وقوعها وهذا ثابت في تنجيز الثنتين فيقع والله أعلم بخلاف ما لو قال إن دخلت فأنت علي كظهر أمي ثم طلقها ثلاثا ثم عادت إليه فدخلت حيث يصير مظاهرا لأن الظهار تحريم الفعل لا الحل الأصلي إلا أن قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاؤه لبقاء المشروط كالشهود في النكاح أما الطلاق فتحريم الحل وقد فات بتنجيز الطلقات **قوله** ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان وقع الثلاث ثم لم يخرجه في الحال بل لبث ساعة لم يجب عليه المهر أي العقر بهذا اللبث بخلاف ما لو أخرجه ثم أدخله وكذا إذا قال لأمته إن جامعتك فأنت حرة عتقت بالتقاء الختانين فإذا مكث لم يجب عقرها وعن أبي يوسف رحمه الله أنه أوجب العقر في الفصلين لوجود الجماع بالدوام بعد الثلاث والحرية وقد سقط الحد للشبهة فبقي العقر وجه الظاهر أن الجماع الإدخال وليس له دوام حتى يكون لدوامه حكم الابتداء به بخلاف ما لو أخرج ثم أولج لأنه وجد الإدخال إلا أن الحد لم يجب لشبهة الاتحاد أي فيه شبهة أنه جماع واحد وقد كان أوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجبا له وذلك بالنظر إلى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة في المجلس الواحد وإذا انتفى الحد وجب المهر لأن التصرف في البضع المحترم لا يخلو عن حد زاجر أو مهر جابر ولو كان الطلاق المعلق في هذه المسألة رجعيا يصير مراجعا باللبث عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله لوجود المساس بشهوة وهو القياس ولمحمد أن الدوام ليس تعرضا للبضع على ما علم فلم يوجد سبب مستأنف للرجعة بخلاف ما إذا أخرجه ثم أدخل فإنه يصير مراجعا بالإجماع وعن محمد رحمه الله لو أن رجلا زنى بامرأة ثم تزوجها في تلك الحالة فإن لبث على ذلك ولم ينزع وجب مهران مهر بالوطء ومهر بالعقد وإن لم يستأنف الإدخال لأن دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد وتقدم

فصل في الاستثناء هو بيان بإلا أو إحدى أخواتها أن ما بعدها لم يرد بحكم الصدر وهذا يشمل المتصل والمنقطع صدقهما العموم لفظ استثناء اصطلاحا على أنه متواطئ وعلى أنه حقيقة في الإخراج لبعض الجنس من الحكم مجاز في إخراج لبعض غيره يراد الكائن بعض الجنس في المتصل فتقييد بغيره في المنقطع والأوجه كون الخلاف في أنه حقيقة في الإخراج لبعض الجنس من الحكم فقط وفيه من غير الجنس أيضا بالتواطي والاشتراك اللفظي فإنه أفيد بخلاف معنى لفظ استثناء فإنه لا طائل تحته بل لا حاجة إليه وألحق الاستثناء بالتعليق لاشتراكهما في منع الكلام من إثبات موجبه إلا أن الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض وقدم مسألة إن شاء الله تعالى لمشابهتها الشرط في منع الكل وذكر أداة التعليق لكنه ليس على حقيقته لأنه يمنع لا إلى غاية والشرط منع إلى غاية تحققه كما يفيده أكرم بني تميم إن دخلوا ولذا لم يورده في بحث التعليقات ولفظ الاستثناء اسم توقيفي قال تعالى ولا يستثنون أي لم يقولوا إن شاء الله للمشاركة في الاسم أيضا ثم ذكره في فصل الاستثناء وإنما ثبت حكمه في صيغ الأخبار وإن كان الاستثناء يجاب في الأمر والنهي

لقوله عليه السلام من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله تعالى متصلا به لا حنث عليه ولأنه أتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وأنه إعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون إعداما من الأصل ولهذا يشترط أن يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط

الا آخر ولا يخفى أن ما ذكره في التجنيس بقوله في علم الله باق في قوله في إرادته ومحبته ورضاه فيلزم الوقوع بخلاف توجيهنا ولو قال طالق واحدة إن شاء الله وثنتين إن لم يشأ الله لم يقع شيء لأن الأول لحقه الاستثناء فيبطل والثاني باطل لأنه لو وقع لشاء الله فيعدم الشرط فلم يقع فكان في تصحيحه إبطاله ولو قال طالق واحدة اليوم إن شاء الله وإن لم يشأ الله فثنتين فمضى اليوم ولم يطلقها وقع ثنتان لأنه لو شاء الله تعالى الواحدة في اليوم لطلقها فيه فيثبت أنه لم يشأ الله الواحدة فتحقق شرط وقوع الثنتين وهو عدم مشيئته تعالى للواحدة بخلاف السابقة لأن شرط وقوع الثنتين فيها عدم مشيئتها فلا يمكن وقوعها مع عدم مشيئته تعالى والمسألتان مذكورتان في النوازل قال في المنتقى لو قال طالق اليوم ثنتين إن شاء الله وإن لم يشأ في اليوم فطالق ثلاثا فمضى اليوم ولم يطلقها طلقت ثلاثا ووجهه ما بينا وقال لو لم يقيد باليوم في اليمينين فهو إلى الموت فإن لم يطلقها طلقت قبل الموت ثلاثا بلا فصل وقد ظن أنه يخالف مسألة النوازل والجواب أن مسألة المنتقى تعليق الثلاث بعدم مشيئة الله تعالى التطليقتين وقد وجد المعلق عليه قبيل الموت إذ لو شاء الله التطليقتين لأوقعهما الزوج وفي مسألة النوازل تعليق التطليقتين بعدم مشيئة الله تعالى إياها فلا يقعان أبدا **قوله** لقوله عليه الصلاة والسلام من حلف بطلاق الخ غريب بهذا اللفظ ومعناه مروي أخرج أصحاب السنن الأربعة من حديث أيوب السختياني عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فقال إن شاء الله فقد استثنى لفظ النسائي ولفظ الترمذي فلا حنث عليه وأخرجه أحمد والنسائي وابن ماجه وقال الترمذي حديث حسن غريب وقد رواه نافع عن ابن عمر موقوفا وعن سالم عن ابن عمر موقوفا ولا نعلم أحدا رفعه غير أيوب السختياني وقال إسمعيل بن إبراهيم كان أيوب أحيانا يرفعه وأحيانا لا يرفعه انتهى وهذا كله غير قادح في الرفع لما قدمنا في نظائره غير مرة من تعارض الوقف والرفع واعلم أن مالكا رحمه الله يقول بوقوع الطلاق مع لفظ إن شاء الله والاستدلال بالحديث المذكور في اليمين لا يتم في مجرد أنت طالق إن شاء الله وسنبين إن شاء الله ذلك في كتاب الأيمان وأما ما أخرج ابن عدي في الكامل عن إسحق بن أبي يحيى الكعبي عن عبد العزيز بن أبي رواد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله أو لغلامه أنت حر إن شاء الله أو علي المشي إلى بيت الله إن شاء الله فلا شيء عليه وهو معلول بإسحق هذا ونقل تضعيفه عن الدارقطني وابن حبان ولم يعلم توثيقه عن غيرهما وأخرج الدارقطني عن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق واستثنى فله ثنياه وضعفه عبد الحق بحميد وتعدد طرق الضعيف عندنا وإن كان يرفعه إلى الحسن إذا لم يكن ضعفه بالوضع لكن هذا القدر من التعدد لا يكفي **قوله** ولأنه أتى بصورة الشرط أي بحرفه دون حقيقته لأن مشيئة الله تعالى إما ثابتة قطعا أو منتفية قطعا فلا تردد في حكمها وما يكون كذلك فهو تعليق فيكون تعليقا من هذا الوجه يعني من حيث الصورة وأنه إعدام أي التعليق إعدام العلية قبل وجود الشرط **قوله** والشرط لا يعلم ههنا فيكون إعداما من الأصل يشير إلى أن التعليق بالمشيئة إبطال هو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كقوله تعالى حتى يلج الجمل في سم الخياط وقال إذا شاب الغراب أتيت أهلي وصار القار كاللبن الحليب وعند أبي يوسف تعليق ملاحظة للصيغة وهي الأخذ بالمعنى وهو أولى وقد نقل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على عكسه وثمرته تظهر فيما إذا قدم الشرط فقال إن شاء الله أنت طالق تطلق على التعليق لعدم الفاء في موضع وجوبها فلا يتعلق ولا تطلق على الإبطال وفي شرح الجامع للمصنف عكس هذا وهو غلط فاجتنبه بخلاف قوله إن شاء الله فأنت طالق وفيما إذا جمع بين يمينين فقال أنت طالق إن دخلت الدار وعبدي حر إن كلمت زيدا إن شاء الله فعلى التعليق ينصرف إلى الجملة الثانية فلو كلمت زيدا لا يقع ولو دخلت الدار وقع وعلى الإبطال إلى الكل لعدم

ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول

الاولوية بالابطال فلو كلمت زيدا او دخلت الدار لا يقع ولو ادخله على الايقاعين فقال انت طالق وعبدي حر ان شاء الله ينصرف الى الكل فلا تطلق ولا يعتق بالاجماع اما عندهما فلما قلنا من عدم الاولوية بالابطال واما عند ابي يوسف رح فلانه كالشرط والشرط اذا دخل على ايقاعين يتعلقان به وفيما اذا حلف لا يحلف بالطلاق وقال حنث على التعليق لا الابطال وفي فتاوى قاضي خان الفتوى على قول ابي يوسف رح الا انه يؤدي الى الابطال فتحصل على ان الفتوى على انه ابطال قوله ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول اي اذا سكت كثيرا بلا ضرورة بخلافه بمقدار تنفس ما لو كان لسانه ثقيلا فلو سكت قدر التنفس ثم استثنى لا يصح الاستثناء بالفصل والفصل اللغو كطلق ثلثا في قوله انت طالق ثلثا ثلثا ان شاء الله عند ابي حنيفة رح خلافا لهما لان التكرار للتأكيد شائع فيحمل عليه كقوله طالق واحدة ان شاء الله وهو يقول قوله ثلثا لغو فيقع فاصلا فيبطل الاستثناء فتطلق ثلثا وعلى هذا الخلاف عبده حر حر ان شاء الله ولو قال حر حر بلا واو واستثنى لا يعتبر فاصلا بلا خلاف لظهور التأكيد فيه قياسه ان الكرر ثلثا بلا واو ان يكون مثله ولو قال عبده حر وعتيق ان شاء الله صح فلا يعتق بخلاف حر وحر لان العطف التفسيري لا يكون بغير لفظ الاول فلا يصح حر لقوله تفسيرا فكان فاصلا بخلاف حر وعتيق ومثل ثلاثا وثلاثا لو قال انت طالق وطالق وطالق ان شاء الله طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة رح وعندهما يصح الاستثناء كقوله طالق اربعا ان شاء الله ولو قال طالق واحدة وثلاثا ان شاء الله تعالى صح الاستثناء اتفاقا لانه ليس لغوا لانه ثبت به تكميل الاول ولو قال ثلثا بوائن او البتة لا يصح الاستثناء في ظاهر الرواية لانه مع الثلث لغو وعن محمد يصح هذا يتراءى خلافا في الفصل بالذكر القليل فانه ذكر في النوازل لو قال والله لا اكلم فلانا استغفر الله ان شاء الله فهو مستثن ديانة لا قضاء وفي الفتاوى لو اراد ان يحلفه رجل لا يخاف ان يستثني في السر يحلفه ويأمره ان يذكر عقيب اليمين موصولا سبحان الله او غيره من الكلام والاوجه ان لا يصح الاستثناء بالفصل بالذكر ولو كان بلسانه ثقل وطال تردده ثم قال ان شاء الله صح واذا اراد ان يقول فسد انسان فاه ساعة ثم اطلقه فاستثنى متصلا به صح وعن هشام سألت محمدا عمن قال لامرأته انت طالق ثلثا وهو يريد ان يستثني فامسك غيره فاه قال يلزمه الطلاق قضاء لا ديانة يعني اذا لم يستثن بعد التخلية ولا يكتفي بذلك لفصل واشتراط الاتصال قول اكثر العلماء منهم الاربعة وعن ابن عباس رض جوازه الى سنة وعنه ابدا وقال سعيد بن الخدري و ابن جبير الى اربعة اشهر وعن الحسن البصري تقييده بالمجلس وهو قول الاوزاعي استدلالا بحديث سليمان عليه السلام لاطوفن الليلة على تسعين امرأة كل تلد غلاما فقال له صاحبه يعني الملك قل ان شاء الله فنسي الخ فقال صلى الله عليه وسلم لو قالها لقاتلوا اجمعين فلما تحمل قول الملك له قبل فراغه وقوله صلى الله عليه وسلم لو قالها يعني متصلا واستدل المطلقون بظواهر منها انه صلى الله عليه وسلم قال في مكة لا يختلى خلاها الحديث فقال له العباس رض الا الاذخر فسكت ثم قال الا الاذخر ومنها انه قال في اسرى بدر لا ينفلتن احد منهم الا بفداء او ضربة عنق فقال ابن مسعود الا سهيل ابن البيضاء فقال الا سهيل بن البيضاء وما اجيب عن هذين بانه كان على جهة النسخ دفعا لما لا يخفى من الاتصال بعدما قبلها وليس يلزم الا ان المقصود الرفع اي رفع الحكم بنفس لفظ القائل بذا ما بانه وافق الشرع المتجدد وفي العرفيات مثل هذا كثير فيقدر له جملة تشاكل الاولى مدلول عليها بما كانه قال لا يختلى خلاها الا الاذخر ومنها ما رواه ابو داود انه صلى الله عليه وسلم قال والله لاغزون قريشا والله لاغزون قريشا ثم سكت ثم قال ان شاء الله ثم لم يغزهم ويجاب بان كونه لم يغزهم لا يدل على انه لم يكفر ولم يحنث وهو صلى الله عليه وسلم قد حلف انه لا يحلف على يمين فيرى غيرها خيرا منها الا اتى التي هي خير وكفر عنها فيجوز ان يكون رأى ان عدم غزوهم خير لم يفعل ما حلف عليه ومنها اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق

يكون كالاستثناء لو ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول **قال** وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله تعالى لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل

عليه والجواب انه محمول على الاتصال بالعرف اعني لان عرف جميع الناس وصل الاستثناء لا فصله ولو لم يكن في لفظ الحديث ما يدل على كيفية فلفظ يدل على معيته قال بالفاء الدالة على الوصل للتعقيب بلا مهلة من حلف على يمين فقال ان شاء الله ثم لوجبه ايضا اللزوم المذكور في الاصل من انه يستلزم ان لا يحكم بوقوع طلاق ولا عتاق ولا تقرر بالحكم لما لا يخفى من اللوازم الباطلة وبذلك اجاب ابو حنيفة المنصور حين شايعه اعداؤه اليه بانه يرد راي جدك ابن عباس في جواز الاستثناء المنفصل فقال له ما منعك من مخالفته فيه الا تحصين الخلافة عليك ومنع خروج الخارجين لك من الخروج عليك اذ لو اجاز لهم ان يستثنوا اذا خرجوا من عندك ومذهب الشافعي كمذهبنا في انه اذا قال متصلا بقوله طالق او حرة ان شاء الله لا يقع الطلاق والعتاق وقال مالك واحمد في ظاهر الرواية عنه يتنجزان لانه علقهما بشرط متحقق لانه لو لم يشأ الله كلاما طلاقا وعتاقا لم يمكنه التلفظ به وتوضيحه انه اذا اراد صدور اللفظ عنه فقد شاء الله صدوره وان اراد وجود الطلاق والعتاق فقد حكمت الشريعة انه اذا صدر اللفظ وجب كل منهما وان اراد ما يكون من المشيئة فيما بعد فمشيئته قديمة عند اهل السنة والجماعة خلافه انما تتجدد حالا والحجة لنا ما روينا وبينا من المعنى والجواب عن تمسكه انه لم يعلقه بمتحقق لانه لا يمكن الاطلاع على ما في مشيئة الله تعالى ونختار انه اراد تعليق وجود الطلاق والعتاق بمشيئته الله قوله فقد حكمت الشريعة الخ ليس على اطلاقه اذ التعليقات من نحو انت طالق ان قدم زيد او دخلت الدار وجد فيه لفظ الطلاق ولم تحكم الشريعة بوقوعه في الحال بالاجماع وما نحن فيه من هذا القبيل **قوله** فيكون الاستثناء او ذكر الشرط الخ انما نوعه لما ذكرنا انه على قول محمد استثناء وعلى قول ابي يوسف تعليق على ما هو صحيح النقل عنهما وقريب من الاستثناء لو قال ان وفقت نفسه على ان اتصدق بمائة مثلا قال في النوازل هذا قريب من الاستثناء لان من الاشياء ما ليس له حقيقة ولان المثل للتشبيه ولا يكون في التشبيه ايجاب المال قال وبه نأخذ الا ان يريد الايجاب في النفس **فروع** طلق او خالع ثم ادعى استثناء او شرطا ولا منازع له لا اشكال في ان القول قوله وكذا اذا كذبته المرأة فيه ذكره في الحاوي للامام محمود البخاري ولو شهدا عليه بانه طلق او خالعها بغير الاستثناء او قالا لم يستثن قبلت وهذه من المسائل التي تقبل فيها الشهادة على النفي فان لم يشهدا على النفي بل قالا لم نسمع منه غير لفظة الطلاق والخلع والزوج يدعي الاستثناء ففي المحيط القول قوله وفي فوائد شمس الاسلام الاوزجندي لا تسمع دعوى الاستثناء اذا عرف الطلاق بالبينة بل اذا عرف باقراره ومثله اذا قال لعبده اعتقتك امس وقلت ان شاء الله لا يعتق وفي فتاوى النسفي لو ادعى الاستثناء وقالت بل طلقتني فالقول لها ولا يصدق الزوج الا ببينة بخلاف ما لو قال لها قلت لك انت طالق ان دخلت فقالت طلقتني منجزا القول قوله وفي الفتاوى الصغرى اذا ذكر الخلع لا تسمع دعوى الاستثناء والطلاق على مال كالخلع ونقل نجم الدين النسفي عن شيخ الاسلام ابي الحسن ان مشائخنا اجابوا في دعوى الاستثناء في الطلاق ان لا يصدق الزوج الا ببينة لانه خلاف الظاهر وقد فسد حال الناس والذي عندي ان ينظر فان كان الرجل معروفا بالصلاح والشهود لا يشهدون على النفي ينبغي ان يؤخذ بقوله لما مر من عدم الوقوع لتصديقها له وان عرف بالفسق او جهل حاله ينبغي ان لا يؤخذ بقوله لغلبة الفساد في هذا الزمان ولو طلق فشهد اثنان انه استثنى وهو غير ذاكر ان كان بحيث اذا غضب لا يدري ما يقول وسعه الاخذ بشهادتهما والا لا يأخذ بها **قوله** وكذا اذا ماتت معطوف على قوله اذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق قوله والموت ينافي الخ جواب عن مقدر وهو ان الموت ينافي الواقع من الطلاق حتى لو قال لها انت طالق او طالق ثلثا فماتت قبل الوصف بالعدد لا يقع فينبغي ان ينافي الاستثناء وهو المبطل فيقع الطلاق اجاب بان الموت ينافي

بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء ولو قال انت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال انت طالق ثلاثا الا ثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل

فيبطل به ويناسب الاستثناء فلا يبطل به **قوله** بخلاف ما اذا مات الزوج قبل الاستثناء وهو يريده ويعلم ارادته بان ذكر لآخر قصده قبل التكلم بالطلاق وقول من قال يحمل كلامه على الرجل في ذلك اذ ان يبدو له فيتركه ليس بشيء لانه خلاف الظاهر ولانه يجب تصديقه فيه ثم الواقع الوقوع فيحنث بما ان كان لاثبات عدم الوقوع فقد خرق الاجماع اذا اكتفى في اثبات حكم الاستثناء بنية الاستثناء والا فلا فائدة لغير اللجاج **قوله** ولو قال الا تسعا طلقت واحدة وعن ابي يوسف انه لا يصح الاستثناء لانه استثناء الاكثر وهو قول طائفة من اهل العربية وبه قال احمد قالوا لم يتكلم العرب به وقوله تعالى ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين والغاوون الاكثرون قال تعالى وما اكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين لا دليل فيه لان الاستثناء منقطع اذ المراد بعبادي المخلصين بناء على استقراء استعمال القرآن على ان هذه النسبة للتشريف فلم يدخل الغاوون قلنا لا نسلم عدم ثبوته لغة وما ذكرتم من التاويل في الآية ممنوع ولو سلم ما فيه ففي الحديث الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عن ربه عز وجل يا عبادي كلكم جائع الا من اطعمته يا عبادي كلكم عار الا من كسوته ولو سلم فعدم السماع في تركيب معين لا يستلزم صحة عدم استعماله الا ترى انه لم يسمع له مائة الا اثنا وسدس ثمن وسائر الكسور ويجوز استعمالها وهذا لان الاستثناء بيان ان المستثنى لم يرد بالصدر فحاصل التركيب من المستثنى والمستثنى منه انه تكلم بالباقي الاخيرا بعد المستثنى وقولهم اخراج من الصدر بالحكم تجوز لان حقيقة الاخراج متعذرة لانه يستدعي سبق الدخول فان اعتبر الدخول في التناول فالاستثناء لا يفيد الاخراج منه لانه باق بعد الاستثناء اذ تناول اللفظ بعلته وصفه لتمام المعنى وهي قائمة مطلقا فلا يتصور الاخراج منها وان اعتبر الدخول في الارادة بالحكم لزم ان يكون كل استثناء نسخا ولزم ان لا يصح في نحو قوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما من الاخبارات لان المتكلم يكون كاذبا في ارادة عموم الصدر بالحكم حيث لم يكن في الواقع وفي الاستثناء كان هو المثبت اولا فالكاذب احدهما وكلاهما مستحيلان في حقه تعالى فلزم بالضرورة انه بيان ان ما بعد الا لم يرد بالحكم ثم بل يكون مرادا بالصدر اعني الجمع او الكل ثم اخرج ثم حكم على الباقي ولم يرد ابتداء بالصدر سوى ما بعد الا والاخراج خلاف لا يوجب خلافا فيما ذكرنا ان حاصل تركيب الاستثناء تكلم بالباقي اي حكم عليه وحققنا في الاصول ان معنى القول الاول انه اريد عشرة وحكم على سبعة في قوله علي عشرة الا ثلثة فارادة العشرة بعشرة قبل الحكم والا فهو المذهب الآخر بزيادة تكلف ثم ما ذكرنا من تحقيق دلالته لا يستلزم كون عشرة الا ثلثة اسما مركبا لمعنى سبعة كما نسب الى القاضي الباقلاني على ان التحقيق ان قوله هو احد المذهبين كما حققناه في الاصول بل مراده ما ذكره المصنف من قوله اذ لا فرق بين قول القائل علي درهم او عشرة الا تسعة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال الاخراج وفيه معنى المعارضة لاستلزامه الاخبار بما ذكرناه ونسب الى الشافعية واستدلوا بانهم معترفون بانه من المخصصات والتخصيص بيان ان المخصص لم يكن مرادا ابتداء او على تاويل بظاهر اللفظ وهو الظاهر لان مسئلة الاستثناء من النفي اثبات يوجب القول بالمعارضة الا انا نوجب حكمين على الثلاثة مثلا في ضمن العشرة بالاثبات وبعد الا بالنفي لكن لا شك في انه يجب الظاهر لا حقيقة الاسنادين فيهما والا كان تناقضا صريحا فالثابت صورة المعارضة بين حكم الصدر وما بعد الا وترجيح الباقي فيجب حمل المرجوح عليه كما هو كل معارضة ترجح فيها احد المتعارضين فيظهر انه لم يحكم في صدر الا على سبعة **قوله** ولا يصح استثناء الكل من الكل قيل لانه رجوع بعد التقرير وهو لا يجوز ودفع بانه لو كان كذلك لصح فيما يقبل الرجوع وهو الوصية لكنه لا يجوز فيه ايضا لو قال اوصيت لفلان بثلث مالي الا ثلث مالي لا يصح الاستثناء فعلم انه لغيره وهو ما ذكر في الكتاب من انه لا يبقى بعده شيء يصير متكلما به وتركيب الاستثناء لم يوضع الا لتكلم بالباقي بعد الثنيا بالمستثنى

لانه لا ... فيصير متكلما بما وصل له فيقتصر عليه وانما يعمل الاستثناء اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل واذا ثبت هذا ففي الفصل ... ثنتان فيتعارض في الثاني واحدة فيقع واحدة ولو قال الا ثلاثا يقع الثلاث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله اعلم

الكل كما يفيده التبادر مع الاتفاق على نفي انه لنفي الكل بل يفيد ذلك قوله ليس له شيء من العشرة ونحوه واستقراء استعمالات العرب تفيده بما حكي عن بعضهم من تجويزه يجب حمله على كون الكل مخرجا بغير لفظ الصدر او مساويه كعبيدي احرار الا مماليكي فيعتقون كما صرح به في المبسوط وقاضي خان وزيادات المصنف فلو قال نسائي طوالق الا زينب وعمرة وفاطمة وحفصة لا تطلق واحدة منهن في البقالي لو قال كل امرأة لي طالق الا هذه وليس له امرأة غيرها لا تطلق وفي الذخيرة لو قال انت طالق ثلاثا الا واحدة وواحدة وواحدة ابطل الاستثناء ووقع الثلاث عند ابي حنيفة وعندهما يقع ثنتان وعن ابي يوسف رح يقع واحدة وهو قول زفر رح فكان ابا حنيفة رح توقف صحة الاول الى ان يظهر انه مستغرق ولا وهما يريان اقتصار صحته على الاول وابو يوسف في الرواية الاخرى عنه وزفر يريان اقتصار صحته على الاول والثانية وقول ابي حنيفة رح اوجه لان الصدر يتوقف على الآخر ولو قال طالق واحدة وواحدة وواحدة الا ثنتا يبطل الاستثناء اتفاقا لعدم تعدد يصح منه اخراج شيء ولو قال واحدة وثنتين او ثنتين وواحدة الا ثنتين يقع الثلث وكذا ثنتين وواحدة الا واحدة لانه في الاولين اخرج الثنتين من الثنتين او الواحدة وفي الثالثة واحدة من واحدة فلا يصح بخلاف ما لو قال طالق واحدة وثنتين الا واحدة حيث تطلق في الثنتين لصحة اخراج الواحدة من الثنتين والاصل ان الاستثناء انما ينصرف الى ما يليه واذا تعقب جملا قيد الاخيرة منها وكما قيدنا الطلاق المستغرق بما اذا كان بلفظ الصدر او مساويه كذلك يجب تقييده بما اذا لم يكن بعد المستغرق استثناء آخر يكون جبرا للصدر فان كان منه ما ذكره في كتاب الولوالجي لو قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة طلقت واحدة واعلم انه اذا تعدد الاستثناء بلا واو كان الكل استثناء مما يليه فيلزم ان كل فرد اسقاط من الصدر وكل شفع جبر له فاذا قال طالق ثلاثا الا ثنتين ... كان الواقع ثنتين لانك اسقطت من الثلاث ثنتين اولا فصار الحاصل واحدة ثم اسقطت من الساقط عن الصدر واحدة فجبر بها الصدر ... ثنتين فقد اخرج من الثلث المستثناة واحدة فصارت ثنتين ثم اخرجها من الثلث الصدر فصار الباقي واحدة وهذا بناء على ان الثلث ... مستثناة من الثلث لم يبطل بل توقف الى ان يظهر استثناء منها فيصح او لا فيبطل والله اعلم واصل صحة الاستثناء من الاستثناء ... الا آل لوط انا لمنجوهم اجمعين الا امرأته ومن فروعها المعدود فله له علي عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة الا ستة الا خمسة ... الا اربعة الا ثلثة الا اثنتين الا واحدة تلزمه خمسة ولو قال ثنتين واربعا الا ثلثا يقع الثلث ذكره القدوري واصله ان الاستثناء تصرف في اللفظ ... لا في الحكم حكما على ذلك التقدير لا في الحكم ابتداء فلو اوقع اكثر من الثلث ثم استثنى كان الاستثناء من الكل ولهذا لو قال لامرأته انت ... ... مما يقع واحدة او عشرا الا تسعة طلقت واحدة او خمسا الا واحدة يقع الثلث وفي المنتقى طالق ثلثا وثلثا الا اربعا فهي ... عند ابي حنيفة وزفر رح لانه يصير قوله ثلثا وثلثا كلاما لغوا فاستثنى الاكثر فيقع الكل وعند ابي يوسف رح يقع ثنتان وهو الظاهر من قول محمد رح كانه قال ثلثا الا اربعا وذكر شيخ الاسلام انه ينوي فان قال عنيت ثنتين من الثلث الاول وثنتين من الثلث الاخيرة يصح الاستثناء ... الا ان الاستثناء ولم يذكر النية كذلك الحلواني في هذه المسألة ولا في المنتقى فلو قال طالق ثلثا الا واحدة او ثنتين على طلب البيان ... طلقت واحدة في رواية ابن سماعة عن ابي يوسف رح وهو قول محمد رح وهو الصحيح وفي رواية اخرى ثنتان وقيل ان هذا ... اصل ابي يوسف رح يعني في منع اخراج الاكثر فما استثنى لان تلك رواية عنه لا ظاهر مذهبه ثم هذه الرواية تناسب تلك الرواية ووجه الصحيح انه وقع الشك في الثانية فلا يقع بالشك فتقع واحدة **فرع** اخراج بعض التطليقة لغو بخلاف ايقاعه فلو قال طالق ثلثا الا نصف

باب طلاق المريض

واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها وقال الشافعي لاترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتاخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه

تطليقة وتبع فطلقت وهو قول محمد وهو المختار وقيل على قول ابي يوسف ثنتان لان التطليقة لاتتجزى في الايقاع ولذا في الاستثناء فكانه قال الا واحدة والجواب انه في الايقاع انما لاتتجزى لمعنى في الموقع وهو لم يوجد في الاستثناء فيتجزى فيه فصار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فيطلق ثنتا

باب طلاق المريض لما فرغ من طلاق الصحيح باقسامه من التنجيز والتعليق والصريح والكناية وبكلا جزئيه اشرع في بيان طلاق المريض اذ المرض من العوارض وتصور مفهومه ضروري اذ لاشك ان فهم المراد من لفظ المريض اجلى من فهمه من قولنا منحرف المزاج في بدن الحي عن اعتدال الطبائع الاربعة بل ذلك يجري مجرى التعريف بالاخفاء **قوله** في مرض موته احتراز عما لو صح من ذلك المرض بعدما طلقها ثم مات وهي في العدة لايكون له حكم مرض الموت فلا ترثه وقيد بالبائن لان في الرجعي يرثها وترثه في العدة وان طلق في الصحة لقيام النكاح وقال ابن المنذر اجمع اهل العلم ان في طلاق يملك الرجعة بعد الدخول يتوارثان في العدة واجمعوا انه لو طلقها في الصحة في كل طهر واحدة ثم مات احدهما لايرثه الآخر بالعدة لانها لاترثه اذا مات بعد انقضائها خلافا لمالك في قوله ترث وان تزوجت بعشرة ازواج ولابن ابي ليلى في قوله ترث مالم تتزوج وهو قول احمد ويعرف من تقييد الارث بالعدة انه لو طلق امرأته التي لم يدخل بها في مرض مات فيه لاترث لانها لاعدة عليها من ذلك الطلاق وقيد بغير الرضا لانه لو طلقها برضاها لاترث ولابد من قيد كونها ممن يتوارثان حال الطلاق لان تعلق حقها بالمال اذا مرض بها اذ ذاك حتى لو كانت كتابية او امة او مملوكا وقت الطلاق لاترث وان اسلمت في العدة قبل موته او عتق او قال في مرضه اذا اسلمت فانت طالق بائنا ترثه لانه علق بزمان تعلق حقها بماله واختلفوا فيما اذا دام به المرض اكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته لاقل من ستة اشهر فعند ابي يوسف ترث وعندهما لاترث بناء على ان المبانة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين تنقضي بها العدة عنده حملا على انه حادث في العدة من زنا فلا يثبت نسبه منه بتيقن بوضعه براءة الرحم فتنقضي به العدة بعد موته فيرث وعندهما لايحمل على الزنا وان قالته بل على انه من زوج آخر بعد عدة الاول فتبين ان عدتها انقضت قبل موته فلا ترث وسياتي المسئلة في ثبوت النسب **قوله** وهي السبب اي الزوجية هي السبب في الارث وقد انقطعت بالبينونة ولذا لا يرثها اذا ماتت في العدة فلو كانت الزوجية باقية لاقتضت التوارث من الجانبين ومذهبنا قال عمر وابنه وعثمان وابن مسعود والمغيرة ونقله ابو بكر الرازي ايضا عن علي وابي بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ولم يعلم من صحابي خلافه وهو مذهب النخعي والشعبي وسعيد بن المسيب وابن سيرين وعروة وشريح وربيعة بن عبد الرحمن وطاوس وابن شبرمة والثوري وحماد بن ابي سليمان والحارث العكلي لنا الاجماع والقياس اما الاجماع فلان عثمان رض ورث تماضر بنت الاصبغ بن زياد الكلبية وقيل بنت عمرو بن الشريد السلمية من عبد الرحمن بن عوف لما بت طلاقها في مرضه ومات وهي في عدة بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه احد فكان اجماعا وقال بالتتمة ولكن لورث المستنة وهذه الرواية التي هي مروي عن عثمان انه قال حين ورثها ما فررت من كتاب الله وقد ذكر من عبد الرحمن انه قال ما فررت من كتاب الله وقول ابن الزبير في خلافته لو كنت انا لم ارثها اراد به تقدم على اذ ذاك بان الحاكم الشرعي في مثل ذلك وهو بعد انعقاد الاجماع فلا يقدح فيه لا يقال بل على هذا التقدير لم يكن اجماع لانه كان سكوتيا وحين قال ابن الزبير ذلك ظهر ان سكوته لم يكن وفاقا لانا نقول نعم لو كان اذ ذاك فقيها لكنه ولم يكن في ذلك الزمان من الفقهاء اذ لم يعرف له قبل ذلك فتوى ولا شهرة بفقه ولا كلم بذلك فيتبع ظهور ذلك فخلافه كخلاف ابن عباس رض في مسئلة العول وقول المالكية كان قضاء عثمان رض بعد العدة ساقط لمخالفته قول الجمهور

بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثها عنها فيبطل في حقه خصوصا اذا رضيت به وان طلقها ثلاثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها

انه كان فيها واما القياس فعلى ما لو وهب كل ماله او تبرع لبعض الورثة في مرض موته بجامع ابطال حق بعد تعلقه بماله فيه وهذا لان حق الورثة يتعلق بماله في المرض لانه سبب الموت ولذا حجر عن التبرعات بما زاد على الثلث والزوجة من الورثة مقدم القياس في الاجماع وهذا القياس لا يتوقف على وجود قصد الابطال بل هو دائر مع ثبوت الابطال سواء قصده او لم يقصده ولم يخطر له واما القياس المتوقف عليه كما فعل المصنف فهو قياسه على قاتل المورث ومورثه بكذا قصد ابطال حقها بعد تعلقه فيثبت نقيض مقصوده كقاتل المورث بجامع كونه فعلا محرما لغرض فاسد فلم يحكم بثبوت نقيض مقصوده ولذا اختلف حكم الثابت في الاصل عن الفرع فانه في الاصل منع الميراث وفي الفرع ثبوت الميراث وهذا التعليل في طريق الآمدي لمناسب غريب انه لم يشهد له اصل بالاعتبار بل الثابت مجرد ثبوت الحكم معه في المحل اعني القاتل واما عندنا فقد ثبت اعتباره بالاجماع المذكور وكان مقتضى القياس ان ترث ولو مات بعد تزوجها كقول مالك الا ان اصحابنا زادوا اشتراط علة هذه العلة الامكان هو بقاء العدة بناء على ان حكم الشرع بالميراث لابد ان يكون لنسب او سبب هو الزوجية والعتق فحيث اقتضى الدليل توريث الشرع اياها لزم انه اعتبر بقاء النكاح حال الموت ومعلوم ان بقاءه انما الحكم ببقائه حقيقة او قيام آثاره من منع الخروج والتزوج وغير ذلك فقيام هذه الآثار ليس الا بقيام العدة فيلزم ثبوت قيامها بموته في عدتها والمصنف لم يعين القياس اصلا في الالحاق بل قال قصد ابطال حقها ويرد عليه قصده ودفعا لاضرر ومثاله لا يفعل الا ان يكون مبناه اصلا شتى يكون الالحاق بكل منها وليس يعرف لرد القصد اصل سوى قاتل المورث ويمكن انه اعتبر اصله لكل من الزم ضرر الطريق غير ما فانه يرد ذلك عليه الا ان قوله الزوجية سبب ارثها في مرض موته غير جيد لانها سبب ارثها بعد موته من مرض او فجاءة والوجه ان يقول الزوجية سبب تعلق حقها بماله في مرض موته والزوج قصد الى آخره **قوله** بخلاف ما بعد الانقضاء اي انقضاء العدة لانه لا امكان للتوريث اذ لم يبق شيء من آثار النكاح بعدها على ما روي عن عمر وعثمان وعائشة وابن مسعود وابن عمر وابي بن كعب ان امرأة الفار ترث ما دامت في العدة ويحمل قول ابي بكر الصديق ترث ما لم تتزوج على قدرة التزوج وهو بانقضاء العدة اي ما لم تقدر عليه **قوله** والزوجية الخ جواب عن قوله ولهذا لا يرثها اي الزوجة في هذه الحالة اي حالة مرضه ليست سببا لارثه عنها بل في حال مرضها ونقول لو كانت هي المريضة فابانت نفسها بان ارتدت يثبت حكم الفرار في حقها فيرثها الزوج بخلاف ما لو ارتدت صحيحة لانها بانت بنفس الردة قبل ان تصير مشرفة على الهلاك ولا هي بالردة مشرفة عليه لانها لا تقتل **قوله** فتبطل في حقه برفع اللام فيبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة وحكما فلا يرثها اذا ماتت بخلاف ما اذا ابانها في مرض موته ثم مات حيث ترثه لان الزوجية وان بطلت بالبائن حقيقة لكنها جعلت باقية حكما في حقها دفعا للفرار عنها لانه قصد ابطال حقها وضبطه بنصب اللام على انه جواب النفي سهو لانه ينعكس الغرض اذ يكون معناه لو كانت الزوجية سببا لارثه منها فبطلت ولكنها ليست بسبب فلا يبطل واذا لم يبطل فيجب ان يرثها ولا يقول به احد **قوله** فان طلقها ثلاثا بامرها ليس قيدا بل المقصود ان يطلقها بائنا بامرها ولهذا عطف قوله او قال لها اختاري فاختارت نفسها عليه فان بهذا القدر ابانت طلقة بائنة وكذا اذا اختلعت منه في مرضه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها اما في الاولى فلان منها العلة واما في الاخريين فلانها باشرت العلة اما في التخيير فظاهر لانه تمليك منها واما في الخلع فلان التزام المال علة العلة لانه شرط الطلاق ومباشرة احد شقي العلة كمباشرتها بخلاف مباشرة بعض العلة فمن فروع ذلك ما لو قال لامرأتيه في مرضه وقد دخل بهما طلقا انفسكما ثلاثا فطلقت كل واحدة نفسها

وان مرض بعد ذلك فان قالت طلقني رجعية فطلقها ثلاثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح ولم يكن سبب الفرقة منها وان قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلاثا

في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلاثا في مرضه

بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا الا على قول زفر فان لها جميع ما اقر واوصى به لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة

الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه حتى جاز له ان يتزوج اختها فانعدمت التهمة الا ترى انه تقبل شهادته

لها ويجوز وضع الزكوة فيها [illegible] بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسئلة الاولى ولابي حنيفة رحمه

في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج

بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام

وصاحبتها على التعاقب طلقتا ثلاثا بتطليق الاولى لا الثانية وورثت الثانية لا الاولى لانها لم تباشر شرط الفرقة للاولى لانها المباشرة ولو بدأت الاولى

بطلاق ضرتها ثم بطلاق نفسها ثم الاخرى كذلك ورثتا لان الواقع على كل منهما طلاق ضرتها لا الطلاق نفسها لخروج الامر من يدها باشتغالها

بطلاق الضرة والتفويض تمليك وهو مقتصر على المجلس ولو طلقت كل نفسها وصاحبتها معا طلقتا ولم ترثا لان كلا طلقت بتطليق نفسها ثم

اشتغلت بالاخرى من تطليق ضرتها وان طلقتا احدهما بان طلقت نفسها وطلقتها الاخرى ايضا وجد ذلك معا طلقت ولا ترث لانه وجد في حقها طلاق

نفسها وطلاق الوكيل فيضاف الى المالك لانه اقوى وكل ما يصلح علة وقد تعذر الاسناد فيضاف الى الكل كان ليس معه غيره ولو قال في مرضه طلقا انفسكما

ان شئتما فطلقت كل منهما نفسها وصاحبتها لا تطلق واحدة منهما حتى تطلق الاخرى نفسها وصاحبتها لتعلق التفويض بمشيئتهما فلا ينفرد به كانه قال

طلقا انفسكما ان شئتما طلاقهما بخلاف ما تقدم لم يعلق التفويض بشرط المشيئة فتنفرد كل واحدة منهما بذلك ولو طلقت الاخرى بعد ذلك نفسها

وصاحبتها طلقتا لوجود كمال العلة وورثت الاولى لا الثانية لان الثانية باشرت آخر وصفي العلة والاولى بعض العلة ولو خرج الكلام منهما معا

ورثتا لان كلا باشرت بعض العلة بذلك شرط المجلس لانه تمليك ولو قال في مرضه امركما بايديكما فهو تمليك منهما فتنفرد واحدة بالطلاق كشأن المشيئة سواء

الا انهما اذا اجتمعا على طلاق واحدة منهما يقع وفي قولهما ان شئتما لا يقع لانه جعل الرأي اليهما في شيئين فاذا اجتمع رأيهما في شيء صح كما لو وكل رجلين ببيع عبدين

فباع احدهما او هنا كرض اليهما بشرط مشيئتهما الطلاقين فكان مثل ما قبل الشرط ولو قال طلقا انفسكما بالف فقالت كل طلقت نفسي وصاحبتي بالف

او متعاقبا بانتا بالف ويقسم على مهريهما لان الالف يقابل بالبضعين فلا تعتبر قيمته عند الخروج فيقوم بانتزوجها عليه لم ترثا لان الفرقة لا تقع الا

بالتزام المال فالتزام كل علة لانه شرط الطلاق فكان كل فعل واحدة علة وفعل الاخرى شرطا والحكم يضاف الى العلة فلذا بطل الارث ولو طلقتا

احدهما طلقت بحصتها من الالف لانهما مامورتان بطلاقهما فقد اتيا ببعض ما امرتا به ولم ترث لانه وقع بقبولها وان قامتا بطل الامر لانه

طلاق ببدل فشرط اجتماع رأيهما بخلاف المامورين بالطلاق بلا بدل لانه ينفرد كل منهما بايقاع الامر واذا بطل الامر في حق نفسها لانه تمليك

بطل في حق الاخرى لفوات الشرط وهو اجتماع رأيهما الكل من الكافي **قوله** والتاخير اي تاخير محل الطلاق لحقها وهي قد رضيت بابطاله ولذا حصلت

الفرقة في مرضه بسبب الجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لم ترث لرضاها بالمبطل وان كانت مضطرة لان سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج

فلم يكن جانيا في الفرقة بخلاف ما لو طلقت نفسها ثلاثا فاجاز الزوج في مرضه حيث ترث لان المبطل للارث اجازته ولو وقعت الفرقة بتمكين

ابن الزوج لا ترث الا ان يكون ابوه امره بذلك فقبلها مكرهة لانه بذلك ينتقل اليه فيكون الاب كالمباشر ولو وجدت هذه الاشياء منها في

مرضها ورثها الزوج لكونها فارة وفي الجامع لو فارقته في مرضها بخيار العتق او البلوغ ورثها لانه من قبلها ولذا لم يكن طلاقا وفي الينابيع

جعل هذا قول ابي حنيفة ومحمد وفي الفرقة بسبب الجب والعنة واللعان لا يرثها لانها طلاق فكانت مضافة اليه واورد ينبغي ان لا يرثها اصلا

لانا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح في حقها ولا عدة هنا عند موتها فلم يبق النكاح كبعد العدة واجيب لما صارت محجورة عن ابطال حقه تبقى النكاح

في حق الارث وفاء للغرض اورد القصد الى ابطال حقه كتعجيل الارث ولا يخفى ان هذا الاعتبار الذي هو مبنى هذا الجواب يستلزم توريث

امرأة الفار اذا ماتت بعد العدة كما هو قول مالك وفي القنية اكره على طلاقها الثلث لا ترث لعدم قصد الفرار ولو اكرهت على سؤالها الطلاق

ترث **قوله** وان قال لها كنت طلقتك الى قوله فلا تهمة في حق هذه الاحكام حاصل المسئلتين انه اذا تصادقا في صحته على طلاقها وانقضاء عدتها

قال ومن كان محصورا او في صف القتال فطلق امرأته ثلاثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت ان مات في ذلك الوجه او قتل واصله ما بيناه ان امرأة الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في ذلك الوجه او قتل دليل على انه لا فرق بين ما اذا مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار

قبل المرض وبانشاء طلاقها ثلاثا في مرضه بسؤالها ثم اقر لها بمال او اوصى لها بوصية فعند ابي حنيفة رح لها الاقل من الميراث ومن كل من الوصية والمقر به في الفصلين وقال زفر رح لها تمام الموصى به والمقر به في الفصلين وقالا في الاول كقول زفر وفي الثاني كقول ابي حنيفة رح لزفر ان المانع من صحة الوصية والاقرار الارث وقد بطل بتصادقهما على انقضاء العدة قبل الموت في الاولى وبسؤالها في الثانية فيجب اعتباره وجيها قلنا ذلك لو لم تكن تهمة لكنها ثابتة فيهما وقالا انما هي ثابتة في الثانية لا الاولى وذلك لان ثبوت التهمة بامر باطن فيدار على مظنتها وذلك قيام العدة وهو في الثانية لا الاولى فوجب تفصيلنا بين الفصلين والدليل ان مدار التهمة قيام العدة في نظر الشرع انما تنتفي بالتهمة في جواز الشهادة وثابتة في الاولى حتى جازت شهادة احدهما للآخر فعلم انتفاء التهمة شرعا وانها صارت اجنبية وعن هذا جاز وضع الزكوة فيها وان تتزوج بآخر من وقت التصادق ولابي حنيفة ان قصر سبب التهمة على العدة ممنوع بل هي ثابتة ايضا نظرا الى تقدم النكاح المفيد للالفة والشفقة وارادة ايصال الخير ولما لم يظهر التصادقا عليه الا في مرضه كانا متهمين بالمواضعة لينفتح باب الاقرار والوصية وهذه التهمة انما تتحقق في حق الورثة لا في حق هذه الاحكام اذ لم تجر العادة بالتواضع للتزوج باختها او هي بغيره او لدفع الزكوة او للشهادة فكذا اصدقا فيها الا في حق الورثة وهذه التهمة انما هي في الزائد فتبقى ثم ما تأخذه انما يلزم في حقهم بطريق الميراث لا الدين وفائدته انه لو توى شيء من التركة قبل القسمة فالتوى على الكل ولو كان ما تأخذه بطريق الدين لكان على الورثة ما دام شيء من التركة ولو طلبت ان تأخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك لو كان دينا لكان ذلك لها ولو ارادت ان تأخذ عين التركة ليس على الورثة ذلك بل لهم ان يعطوها من مال آخر وقال غيره معناه ان ما تأخذه دين لو اقر لها بعد نكاحها او خلعها اجنبي في مرضه ترث في جوامع الفقه وكذا لو قال كنت جامعت امك او ابنتك بغير شهود وقوله ولهذا يدار على النكاح ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر والقرابة اي قرابة الولاد فلا يقبل من الولد وان سفل لابيه وجده ولا الاب والجد لابنه وابن ابنه وفي الغاية ينبغي ان ينظر ان كان جرى بينهما خصومة وتركت خدمتها في مرضه فذلك يدل على عدم المواضعة والاحسان اليها فحينئذ لا تهمة في الاقرار لها والوصية وان كان ذلك حال العلاقة وبالتهاني خدمته ينبغي ان لا يصح اقراره ووصيته للتهمة وقاسه على ما في الذخيرة فيما اذا قالت له امرأة غيري او تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق فانه قال قيد الاصل بحكم الحال ان كان قد جرت بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها ايضا وان لم يكن كذلك لا يقع قال السروجي فمقتضى ما ذكر من تحكيم الحال هناك ان يحكم هنا انتهى وقد يفرق بان حقيقة الخصومة ظاهرة في قولها تزوجت علي فحيث اذا اقترن بالمشاجرة اما هنا فلا اذ الايصاء بما هو اكثر من الميراث ظاهر في ان تلك الخصومة والبغضاء ليست على حقيقتها الا لمرض لها ظاهر والحاصل ان الظاهر ان ذلك للتواضع ايضا على اظهار الخصومة والتشاجر وكثيرا ما يفعل ذلك اهل الحيل للاغراض **قوله** ومن كان محصورا الخ الاصل ان مبنى الفرار على الطلاق حال توجه الهلاك الغالب عنده وغلبة الهلاك يكون حال عدم المرض كما يكون به وتوجهه بغيره يكون بالمبارزة والتقدمة للرجم والقتل قصاصا او في سفينة فتلاطمت الامواج وخيف الغرق او انكسرت وبقي على لوح او افترسه سبع فبقي في فمه بخلاف ما اذا كان محصورا في حصن او في صف القتال او محبوسا للقتل او نازلا في مسبعة او في مخيف من العدو او راكب سفينة وعن ما قلنا ان المرأة في جميع ذلك كالرجل فلو باشرت سبب الفرقة فيما ذكرنا من احوال الفرار كخيار البلوغ والعتق وتمكين ابن الزوج والارتداد ورثها على ما بيناه آنفا والحامل لا تكون فارة الا في حال الطلق وقال مالك رح اذا تم لها ستة اشهر ثبت حكم فرارها لتوقع الولادة في كل ساعة قلنا المناط المخافة منه الهلاك

[illegible] ... الفعل السبب كما انها آلة له

والايخاف منه الا في الطلق وتوجيه بالمرض قيل ان لا يقدر ان يقوم الا ان يقام وقيل اذا خطا ثلاث خطوات من غير ان يتهادى فصحيح والا فمريض وضعف بان المريض جدا لا يعجز عن ان يتكلف لهذا القدر وقيل ان لا يقدر ان يمشي الا ان يهادى وقيل ان لا يقوم بحوائجه في البيت كما يعتاده الاصحاء وان كان يتكلف الذي يقضيها فيه وهو يشتكي لانه لا يكون انسان قلما يخلو عنه فاما من يذهب ويجيء ويحم فصحيح وهو الصحيح فاما اذا امكنه القيام بها في البيت لا في خارجه فالصحيح انه هذا في حق الرجل اما المرأة فاذا لم يمكنها الصعود الى السطح فهي مريضة والمسلول والمفلوج والمقعد ما دام يزداد ما به فهو غالب الهلاك والا فكالصحيح وبه يفتى ذكره بعض الائمة والصدر الشهيد وقيل ان ما يجيء بره بالتداوي فكالمريض والا فلا وقيل ان كان يزداد ابدا الا ان كان يزداد تارة وينقص اخرى لو قرب للقتل قصاصا ثم خلى سبيله او حبس ثم قتل او مات فهو كالمريض ترثه لانه ظهر فراره بذلك الطلاق ثم ترتب موته فلا يبالي بكونه بغير ما ظن قوله وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت له حكم الفرار فيقتضي الحاق حالة الطلق للحامل المباركة بحالة الصحة الا ان يجزم بعلم ذلك ليس من الرائه فالاولى ان يعلق بما هو في حكم مرض الموت بما يخاف منه الهلاك غالبا كما ذكره في المرض على ان غالبا باستيلاق الخوف وان لم يكن الواقع عليه الهلاك فقائل واما في حال فشو الطاعون فهل يكون لكل من الاصحاء حكم المرض فقال الشافعية نعم ولم ار لمشايخنا **قوله** فبانت بطلاق اي طالق بائن لان الفرار يثبت به لا بالرجعي انه الموفق **قوله** اما ان يعلق الطلاق الخ ضبط اما ان يعلقه بفعل احد او لا الثاني التعليق بنحو مجيء الغد والاول اما بفعل نفسه او غيره وهو اما المرأة او اجنبي والكل على وجهين اما ان يكون التعليق مع وقوع الشرط في المرض او الشرط فقط ففي التعليق بفعل الاجنبي ومجيء الوقت ان كانا في المرض ورثت لظهور قصد الفرار بالتعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر رح ترث لان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وكان ايقاعا في المرض وقلنا ان المعلق السابق يصير تطليقا بنفسه عند الشرط حكما لا قصدا يعني لا نسلم قول زفر رح انه يصير كالمنجز لكن حكما لا قصدا ولذا لو كان مجنونا عند الشرط وقع ولو حلف بهذا التعليق لا تطلق ثم وجد الشرط لم يحنث فلو كان تطليقا عند الشرط حقيقة وحكما لم يقع في الاول وحنث في الثاني وبناه لم يكن ظالما بالتعليق في الصحة وبعده لم يوجد منه صنع في وجود الشرط ولا قدرة له على منع فعل الاجنبي ومجيء الوقت فلا يكون ظالما واما في التعليق بفعل نفسه فترث على كل حال من ان كان فعل الشرط ليس له منه بد لوجود قصد الابطال اما بالتعليق ان كان في المرض او لمباشرة الشرط ان كان التعليق في الصحة وكون الشرط لا بد منه غاية ما يوجب اضطراره والاضطرار من جانب الفاعل لا ينفي الضمان كمن اضطر الى اكل مال الغير او تلفه نائما او مخطيا يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم وحقها صار معصوما بمرضه فاضطراره الى ابطاله لا يرد عليه تصرفه الا ان هذا حكم الفرار مع عدم الفرار وما كان موجب الميراث الا الفرار لا القرار مع عدم القصد وقوله وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد [illegible] ان المعنى ينفي اثبات حكم الفرار اذا كان الشرط لا بد منه التعليق ويستلزم ان لا يثبت الفرار الا ان يكون التعليق في المرض لكن ثبوت الفرار مع كون الشرط لا بد منه في حالتي كون التعليق في المرض والصحة وعلى الثاني لا يستقيم النظر الى التعليق في اثبات الفرار لانه ليس منه في حال تعلق حقها ويمكن ان يقال انه اضطرار جاء منه حيث علق بما لا بد منه مع علمه بورود اسباب الموت فانه لا اضطراره الى الشرط بفعله وكان حال التعليق بالشرط انما علق بفعل الشرط ويقع الجزاء وفيه ما فيه واما التعليق بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد لم ترث **قوله** لانها راضية بذلك اي بالطلاق لان الرضا بالشرط رضا بالمشروط ورد عليه ما لو قال احد الشريكين في العبد لشريكه ان ضربته فهو حر

[illegible] قال [illegible] وهو صحيح [illegible] ثم مات وهي في العدة [illegible] ورثته [illegible]

الصحة [illegible] لم ترثه [illegible] ولو طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترثه [illegible]

[illegible] وهي في العدة ورثته [illegible] المطاوعة [illegible] لا اهلية لها [illegible]

[illegible] حال قيام النكاح [illegible] الفرقة [illegible] ببطلان السبب [illegible] فلا تثبت الحرمة بالمطاوعة [illegible]

[illegible] قال [illegible] ترث [illegible] هذا الحكم [illegible] التعليق [illegible] ملجأة

الى المخاصمة [illegible] ثم مات [illegible] ورثت [illegible] الطلاق

[illegible] يكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت [illegible] الطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به [illegible]

وعند محمد والضارب تضمين الحالف فقد رضي بالشرط فلم يجعل فارا قال في النهاية فيما حاصله انما يكون رضا بالشرط اذا لم يكن مضطرا الى فعل الشرط لكنه مضطر في مسئلة الاعتاق فانه موضوعة فيما اذا كان احد الشريكين قال ان لم اضرب هذا العبد اليوم فهو حر فقال له شريكه ان ضربته فهو حر فضربه فللضارب تضمين الحالف لانه مضطر الى فعل الشرط فعل الشرط مضطرا لا يدل على الرضا واجاب في الكافي بان حكم الفرار ثبت على خلاف القياس بتهمة العدوان فيبطل بما له شبهة الرضا ولا كذلك الضمان فقد وجد هنا شبهة رضا المرأة فكفى لنفي حكم الفرار وان كان الفعل مما لا بد لها منه كاكل الطعام والصلوة الواجبة وكلام الابوين ومنه قضاء الدين استيفاؤه والقيام والقعود والتنفس فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة **قوله** كما في الاكراه بان اكره انسانا على اتلاف مال فضمان المتلف على المكره حتى يضمن وينتقل الفعل اليه فكذا او كفعل القاضي ينتقل الى الشاهدين حتى يضمنا او رجعا لانه يصير ملجأ حتى لو لم يقض بعتق في مسئلة الاسلام الصحيح اقالة محمد **قوله** فلا يصير الزوج فارا يعني الفرار المستلزم للحكم الشرعي الخاص انما يتحقق شرعا بالابانة في حال تعلق حقها لا يتعلق الا في مرض موته وقد علم خلافه او نقول هو ابطلاقه فارا لكن الفرار انما يؤثر الحكم المذكور بشرط ثبوت تعلق حقها فانتفى شرط عمل العلة **قوله** ولو طلقها اي بائنا ثلاثا او غيره في مرضه وهذا لانه فرع حلف الطلاق بمسئلة المطاوعة وقال لها ترث [illegible] لا يتفرج لرتها عليه الا بالمطاوعة بعد ان ابانها او طاوعته بعد الرجعي لا ترث كما لو طاوعت حال قيام النكاح **قوله** لم ترث بخلاف النفقة فانها بالردة تسقط ثم بالاسلام تعود لانها ست

قوله لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي بعد ذلك لا الطلاق ولم يوجد ما يزيله لان الحرمية لا تنافي الارث بل تثبت معه كما في الام والبنت فانما تنافي النكاح خاصة فيبقى الارث لعدم المزيل فمرجع ضميره هو الباقي الارث **قوله** في حال قيام النكاح اي حال قيام النكاح **قوله** فتكون راضية ببطلان السبب وهو النكاح وكذلك رضي ببطلان المسبب **قوله** لتقدمها عليها اي لتقدم الحرمة على المطاوعة لحصولها بالطلاق السابق عليها **قوله** وقد بينا الوجه فيه هو قوله لانها مضطرة في المباشرة اي مباشرة الشرط ولا رضا مع الاضطرار كذا قيل والاوجه كونه قوله وذلك لان الفعل الجاء الى المباشرة فينتقل الفعل اليه الخ لان الاول ذكره في صورة ما اذا كان التعليق والشرط في المرض وما ذكرنا ذكره في صورة ما اذا كان التعليق والشرط في المرض وهو الموازن لما نحن فيه فان القذف كان في الصحة واللعان في المرض **قوله** فهي ملجأة الى الخصومة ظاهر في ان الملجئ بفعلها الشرط الذي لا بد لها منه هو خصومتها اي مطالبتها بموجب القذف لانه يندفع العار ولو جعل لعانها ايضا فهي ملجأة اليه من قبله اذ لعانه يلجيها الى لعانها الاتيان هو ايضا ملجأ الى لعانه من قبلها لان الالجاء في الكل يعود اليه لانه الجأها الى الخصومة واثر لعانه فكان لعانه منسوبا الى اختياره فهي وان باشرت لعانها آخرا هي مدار الفرقة وهو ما تمسك به محمد يعني لان لعانها آخر اللعانين لكن الزوج اضطرها اليه وقيل في وجه قول محمد الفرقة قذف الرجل لم يكن قذفه في زمان تعلق حقها بما له لكنه سبب بعيد ثم قيل على الاول ان سبب الفرقة قضاء القاضي لا اللعان واجيب بان الملجئ للقاضي الى الحكم لا يستند الا الى الشهادة واللعان هو الشهادة الملجئة **قوله** فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت كانه قال في صحته اذا مضت اربعة اشهر ولم اقربك فانت طالق فمضت في مرضه ثم مات فيه لا ترث كما لو حلق في صحته بامر سماوي ووجد الشرط في المرض لا يكون فارا واورد عليه ان الايلاء في الصحة ليس مثل التعليق بمجيء الوقت بل نظيره ما لو وكل في صحته بالطلاق وطلقها الوكيل في المرض كان فارا لانه متمكن من عزله فاذا لم يعزله كان فارا كذا هو متمكن من

في جميع الوجوه [illegible] لما ذكرنا [illegible] مباشرة [illegible] في المرض [illegible]

من ابطال الايلاء في المرض باسبق فلما لم يفصل ينبغي ان يكون فارا اجيب بالفرق بانه لا يتمكن من ابطال الايلاء
الا بضرر يلزمه فان الفيء باللسان لا يجوز اذا كان الايلاء في حال الصحة بل اذا كان في حال العجز واستمر بخلاف عزل الوكيل
قوله في جميع الوجوه اي سواء كان الطلاق بسؤالها او لا وكان التعليق بفعلها او بفعله والفعل مما لها منه بد او لم يكن
لا يستثنى من عموم الاقسام الستة فانه شرط فيها جميعا **تهذيب** قال صحيح لموطوئتيه احدكما طالق ثلثا ثم بين في مرضه
في احدهما صار فارا بالبيان وترث لانه بين الطلاق فيها بعد تعلق حقها بالارث فيرد عليه قصده كما لو انشأه فجعل كالانشاء في
حق الارث للتهمة ولو ماتت احدهما قبله ثم مات بقيت الاخرى ولم ترث لانه بيان حكمي فانتفت التهمة منه كما لو علق في
صحته بمجيء راس الشهر فجاء وهو مريض لا ترث لانه بيان حكمي بخلاف ما قبلها لانها تعينت للطلاق بفعله فترث كما لو علق في
صحته بفعل نفسه ثم باشر الشرط في المرض فان كان له امرأة اخرى غير الثنتين فلها نصف الارث اذ لا يزاحمها الا امرأة واحدة
لان احدهما مطلقة بيقين والنصف الآخر بينهما لاستوائهما في الاستحقاق ولو ماتت التي بين طلاقها قبل موته لم ترثه ومع البيان
فيها لانتفاء التهمة عن بيانها بخروجها عن اهلية الارث بالموت وكان الارث للاخرى لان التعيين دون الانشاء ولو الثاني مرضه
ثم ماتت المطلقة كان جميع الارث للاخرى ههنا ولو كانت له امرأة اخرى كان بينهما نصفين وان ماتت الاخرى وبقيت التي
بين الطلاق فيها ثم مات الزوج لها نصف الارث لان البيان انما يبطل صيانة لحقها الثابت ظاهرا وحقها الثابت ظاهرا وقت
البيان النصف فلم يرد عليه وهذا لانها منكوحة من وجه دون وجه فانما تستحق النصف حتى لو كان معها امرأة اخرى كان لها ربع
وثلثة الارباع للمرأة الاخرى لانا انما ابطلنا البيان صيانة لحقها الثابت وقت البيان ووقت البيان حقها في الربع وكان
للمنفية الربع ولان الاخرى منكوحة من كل وجه فتستحق كل الارث وهي منكوحة من وجه فتستحق نصفه فسلم النصف للاخرى
بلا منازعة واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينتصف بينهما فان لم يمت الزوج ولم يبين حتى ولدت احدهما لاقل من سنتين
فهو ليس ببيان او بقي الزوج على خياره لان العلوق يحتمل كونه بوطي قبل الطلاق وهذا لا يصح بيانا فلا يكون بيانا بالشك لا يقع الطلاق
بالشك ويثبت النسب لاحتمال العلوق قبل الطلاق فان نفى الزوج هذا الولد امر بالبيان فان قال عنيت عند الايقاع التي لم تلد لاعن [illegible]
التي ولدت ويقطع نسب الولد منه ويلحق بالام لانه قذف منكوحته وان قال عنيت التي ولدت يحد لانه لما كان مراده وقت الايقاع التي ولدت
وقع الطلاق من ذلك الوقت من كل وجه فتبين انه قذف اجنبية فيجب الحد ويثبت النسب لعدم اللعان فان قال لم اعن عند الايقاع احدا
ولكن اريد بالمبهم التي ولدت لا يحد لانه قذف منكوحته لان الطلاق يقع عند وقت التعيين ولا يلاعن ايضا لان شرطه قيام النكاح وقد زال بالبيان
والنسب ثابت لما مر وان ولدت لاكثر من سنتين من وقت الايقاع تعينت الاخرى للطلاق لتيقننا بالوطي بعد الطلاق وحكم الشرع بثبوت
النسب منه حكم بكون الوطي منه ضرورة والوطي بعد الطلاق المبهم بيان اجماعا فتعينت التي ولدت للنكاح فان نفى الولد لاعن ولا يقطع
النسب عنه لان حكم الشرع بالعلوق منه مانع من قطع النسب عنه فان ولدت احدهما لاقل من سنتين من وقت الايقاع والاخرى
ولدت لاكثر من سنتين تعينت صاحبة الاقل للطلاق لان وطيها لا يصلح بيانا ووطي صاحبة الاكثر يصلح بيانا وهذا لان المولود لاكثر

باب الرجعة

وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها رضيت بذلك أو لم ترض لقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة استدامة الملك ألا ترى أنه سمى إمساكا وهو الإبقاء وإنما يتحقق الاستدامة في العدة لأنه لا ملك بعد انقضائها والرجعة أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة

من سنتين جعل العلوق به أي بالطلاق المبهم متيقنا أن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين إذ العلوق للأخرى مشكوك فيه فلا يكون بيانا وعدة صاحبة الأقل
تنقضي بوضع الحمل إن كان بين ولادتها وبين ولادة صاحبة الأكثر أقل من ستة أشهر لتيقننا أن علوق صاحبة الأكثر ووطئها كان قبل ولادة صاحبة
الأقل وقبل الولادة هي حامل وعدة الحامل تنقضي بوضع الحمل وإن كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فعدة صاحبة الأقل الحيض لاحتمال أن علوق صاحبة الأكثر كان
بعد ولادة صاحبة الأقل وإذا احتمل ذلك وجبت العدة بالحيض احتياطا ولو قال الزوج وطئت صاحبة الأقل أولا فطلقت صاحبة الأكثر بإقراره ولا يصدق في صرف الطلاق
عن صاحبة الأقل فطلقتا ولو قال زينب طالق لامرأة معروفة بهذا الاسم ثم قال لي امرأة أخرى بهذا الاسم وعينتها لا تطلقان وإن ولدت كل واحدة لأكثر من
سنتين من وقت الإيقاع وبين الولادتين يوم أو أكثر فولادة الأولى تكون بيانا للطلاق في الأخرى فإذا ولدت الأخرى بعده لا تحول الطلاق الواقع عليها إلى
غيرها وصار كما إذا وطئ إحداهما ثم الأخرى يقع الطلاق على الموطوءة آخرا كذا هنا ويثبت نسب الولدين أما ولد الأولى فظاهر وكذا ولد الثانية لاحتمال علوقها قبل
علوق الأولى ثم تنقضي عدة المطلقة بوضع الحمل ولو قال لامرأته إذا ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدا ثم ولدا آخر لستة أشهر فصاعدا ثبت نسب الولد
الثاني منه أيضا وتنقضي به العدة لأنا حكمنا بعلوق الولد الثاني حال وقوع الطلاق وحال وقوع الطلاق الزوجية قائمة وذلك لأنه يحتمل أنه وطئها قبل ولادة الولد الأول ثم لم يصل إلى
الرحم لما اشتد انضمامه فإذا وضعت الحمل انفتح فم الرحم ووصل الماء إليه فعلق الولد الثاني قبل وقوع الثلاث فلا يمكن حال التنزل الثلاث إذ الشيء في تنزله
غير نازل فيثبت النسب احتياطا ولا يتحقق انقضاء العدة بوضع الحمل ولا يجب العقر لأنا جعلناه علقا حال قيام النكاح من الكافي والله أعلم

باب الرجعة وجه المناسبة في تعاقب الطلاق والرجعة ظاهر الرجعة بعد الطلاق تقتضي تعاقبهما يقال رجع إلى أهله ورجعته إلى بلده قال الله تعالى فإن رجعك الله إلى طائفة منهم
ويقال في مصدره المقصار رجاء ورجوعا ومرجعا والرجعى والرجعة بكسر الراء وربما قالوا إلى مرجعكم **قوله** رجعية الرجعي تطليق المدخول بها ما دون الثلاث بلا مال أو ما دون
الثنتين إن كانت أمة بصريح الطلاق غير الموصوف بالشدة أو ببعض الكنايات المخصوصة على ما تقدم في الكنايات وأما تقييده بالألفاظ الثلاثة فلأن ما تقدم من
الكنايات رجعية فيها فما فقد شيء من هذه فهي بائنة كالثلاث وغالب الكنايات ولو بلا مال كالواحدة على مال أو قبل الدخول لأنها لا عدة لها فبانت فلا تتصور الرجعة والوجه
والشبه مستدرك على ما في النهاية وغيرها **قوله** لقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف بعد قوله إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ثم قوله فإذا بلغن أجلهن والمراد ببلوغ
الأجل قرب انقضاء العدة وإلا فقرب انقضاء عدتهن للإجماع على أن لا رجعة بعد الانقضاء ففي الآية دليل على قيام النكاح لأن الإمساك كاستدامة القائم لا إعادة الزائل
وعلى شرعية الرجعة ثانيا أو ثالثا لأن الأمر مطلق في التقدير وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن ظاهر في عدم توقف الرجعة على رضاها لأنه تعالى جعل له حق مطلقا أي حق الرد
له حق الرجعة أبت هي أو أبوا وحكمته استدراك الزوج ما وقع منه من التفريط في عقد من النكاح لا لغيره لأنه أولى من غيره وهو واضح منه في اشتراط العدة إذ لا يكون
بعلا إلا وهو ما يدل على قيام النكاح أيضا وقد منا في باب إيقاع الطلاق أن طلاق الرد لا يوجب كون البعل مجازا باعتبار ما كان لأن الرد يصدق في حقيقته
بعد انعقاد سبب زوال الملك وإن لم يكن زال بعد فيقال رد البائع المبيع في بيع فيه الخيار للبائع كما يقال بعد الزوال يجوز رد المبيع بالعيب ولو تعارضا كان حمل الرد
على ذلك على أنه مجاز محافظة على حقيقة البعل أولى من جعل البعل مجازا محافظة على حقيقة الرد لتبادر إرادة حقيقة البعل فيجعل الرجعة إمساكا في قوله تعالى
فأمسكوهن بمعروف ونقول يمكن المحافظة على الحقيقتين بكون المراد بالرد الرد إلى الحالة الأولى من كونها بحيث تحرم بعد مضي العدة فلا إشكال أصلا
قوله ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة إمساك على الوجه الذي كان أولا وهو الملك على وجه لا يزول بانقضاء العدة ولا ملك بعد العدة ليستدام وكأنه جواب عن
مقدر تقريره كما وقع الإطلاق بالنسبة إلى رضاها وعدمه كذلك وقع بالنسبة إلى قيام العدة وعدمها أجاب بأن اشتراط قيامها ضروري لما قلنا **قوله** وهذا صريح

لا خلاف فيه بين الائمة قال او يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى
يحرم وطؤها وعندنا هو استدامة النكاح على ما بيناه وسنقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح

الفاظ الرجعة صريح وكناية فالصريح راجعتك في حال خطابها او راجعت امرأتي حال غيبتها وحضورها ايضا ومن الصريح ارتجعتك رجعتك ورددتك وامسكتك
وفي المحيط سكنتك بمنزلة امسكتك وبها يصير مراجعا بلا نية وفي بعض المواضع يشترط في رددتك ذكر الصلة فيقول الى او الى نكاحي او الى عصمتي والاشتراط
في الاولين والرجعة وهو حسن اذ مطلقه يستعمل لضد القبول والكنايات انت عندي كما كنت انت امرأتي فلا يصير مراجعا الا بالنية لان حقيقته تصدق على ارادة باعتبار
الميراث واختلفوا في الامساك والنكاح والتزوج فلو تزوجها في العدة لا يكون رجعة عند ابي حنيفة رح وعند محمد رح هو رجعة وعن ابي يوسف روايتان قال ابو جعفر
بقول محمد ناخذ وفي الينابيع عليه الفتوى وكذا في القنية وجه قول ابي حنيفة رح ان تزوج الزوجة ملغي فلا يعتبر في ضمنه قلنا نحن لا نعتبره باعتبار ما في ضمنه بل
باعتبار لفظ التزوج مجازا في معنى الامساك في الذخيرة ولو قال راجعتك بمهر الف درهم ان قبلت صح والا فلا لانها زيادة في المهر فيشترط قبولها وفي المرغيناني والولوالجي
قال راجعتك على الف قال ابو بكر لا يجب الالف ولا يصير زيادة في المهر كما في الاقالة **قوله** لا خلاف فيه بين الائمة كانه لم يعتبر احد قول مالك فانا قلنا انه ذكر في الجواهر
في حصول الرجعة براجعتك بلا نية قولان لمالك كما في نكاح الهازل **قوله** او يقبلها او يلمسها بشهوة يحتمل كون الشهوة قيدا في اللمس فقط لانه افرد النظر الى الفرج
بقيد الشهوة فلو كان من غرضه التشريك في القيد لاقتصر على ذكره بعد الكل وفي المبسوط والذخيرة والتقبيل بشهوة والنظر الى داخل فرجها بشهوة رجعة ولم يقيد
التقبيل في الكتابين والنظر الى وربما عليه على قياس قول ابي حنيفة رح وفي البدائع هو قول محمد المرجوع اليه في بعض المواضع يكره والتقبيل واللمس
بغير شهوة قد انهما لا يكونان رجعة وفي الخلاصة اجمعوا على انه لو مكنها او قبلها بالشهوة او لمسها بالشهوة تثبت الرجعة فقيد القبلة بالشهوة لكن قولهم في اثبات
ان الفعل يصلح دليلا على الاستدامة والدلالة انما تقوم بفعل يختص بالنكاح اي يختص حكمه يفيد عدم اشتراطها لان القبلة مطلقا تختص حكما بما يختص اللمس
والنظر فانهما لا اختصاص بهما الا اذا كانا عن شهوة لما يذكر فلا يكونان عن غير شهوة دليلا ولا يكون النظر بشهوة الى غير داخل الفرج منها رجعة هذا ولا فرق بين كون
القبلة واللمس والنظر منها او منه في كونه رجعة اذا كان بتصديق منها يعلم به لم يمنعها اتفاقا وان كان اختلاسا منها بان كان نائما مثلا او مكرها او معتوها
وهو مكره او معتوه ذكر شيخ الاسلام وشمس الائمة ان على قول ابي حنيفة رح ومحمد تثبت الرجعة خلافا لابي يوسف واستدل من محمد رح كقول ابي يوسف وذكر ان
ابا يوسف مع ابي حنيفة رح وجه الاول الاعتبار بالمصاهرة للاتفاق في ثبوت حرمتها بين كون ذلك منها او منه وكذا اذا ادخلت فرجه في فرجها وهو نائم
كانت رجعة اتفاقا كالجارية المبيعة بشرط الخيار للبائع اذا فعلت بالبائع ذلك في مدة الخيار ينفسخ البيع ولابي يوسف رح فرق بان سقوط الخيار قد يكون بفعلها
كما اذا جنت على نفسها والرجعة لا يكون بفعلها قط وعن ابي يوسف رح ايضا انه قال في الجارية ليست الخيار بفعلها بها اذا صدقها الزوج في الشهوة فان انكر لا تثبت
الرجعة كذا ان مات فصدقها الورثة ولا تقبل البينة على الشهوة لانها غيب ولا تكون الخلوة والمسافرة بها رجعة الا عند زفر رح وابي يوسف رح في رواية
وتكره المسافرة بها لكراهة خروجها من المنزل وعن ابي حنيفة رح لا يكره وياتي الكلام في ذلك **قوله** مع القدرة احتراز عن الاخرس ومعتقل اللسان **قوله** لان الرجعة
بمنزلة ابتداء النكاح الخ اعلم ان اصل الخلاف هنا مبني على ان الرجعة سبب لاستدامة الملك القائم او سبب لاستحداث الحل الزائل قلنا بالاول وقال الشافعي بالثاني
فبحيث حل الوطء حرمته فعندنا يحل لقيام ملك النكاح من كل وجه وانما يزول عند انقضاء العدة فيكون الحل قائما قبل انقضائها وعنده انشاء النكاح من وجه ثبتها
من وجه فتثبت الحرمة اعتبارا وعلى اعتبار ان الاشهاد ليس بشرط عندنا وشرط عنده على قول لانه انشاء النكاح من وجه كذا في التحفة **قوله** على ما بيناه
يعني قوله الا ترى انه سمى امساكا **قوله** وسنقرره اي في آخر هذا الباب هو قوله لنا انها اي الزوجية قائمة الخ وهنا كلام عليه **قوله** كما في اسقاط الخيار يحصل
بالفعل المختص بالملك كمن باع امة على انه بالخيار ثم وطئها قبل انقضاء مدته يكون دليلا على استدامة ملكه فيها فيسقط خياره فكما ان سقوط الخيار باستدامة الملك ثبتت
بالفعل كذلك استدامة ملك النكاح بعد سبب الزوال بل اولى لان البيع معه يزيل الملك الى غاية ايام والطلاق يزيله الى ثلاث حيض فكان اضعف في زوال الملك

حصر ثابت في الحرة ... بشهوة ... قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها
قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين فان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي في احد قوليه لا تصح وهو قول مالك لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه استدامة
للنكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه الا ترى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب ان يعلمها كيلا تقع
في المعصية واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان متهما الا ان بالتصادق تثبت الرجعة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي مسئلة
الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة وقالا تصح الرجعة لانها صادفت العدة اذ هي باقية ظاهرا الى ان تخبر
وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء
واقرب احواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به

من البيع وبقولنا قال كثير من الفقهاء قال ابن المنذر الجماع رجعة عند ابن المسيب والحسن البصري وابن سيرين وطاوس وعطاء والزهري والاوزاعي والثوري
وابن ابي ليلى وجابر والشعبي وسليمان التيمي وقال مالك واسحق ان اراد به الرجعة فهو رجعة **قوله** خصوصا في الحرة فانه لا سبب لحلها فيها مطلقا الا النكاح بخلاف الامة
فانها تحل فيها بامرين **قوله** غير ... والشاهد على الزنا **قوله** فلو كان النظر الى غير الفرج رجعة لطلقها لان مقصود الطلاق ... التعميم بقيد النظر
الى دبرها لا يكون رجعة وبه صرح في منح الروايات اختلفوا في الوطي في الدبر قال القدوري انه ليس برجعة والفتوى على انه رجعة اذ هو مس بشهوة
وزيادة لا ترفع الرجعة بعد ثبوتها ورجعة المجنون بالفعل ولا يصح بالقول قيل بالعكس وقيل بهما ولو طلقها بعد الخلوة ثم قال ... وانكرت له الرجعة ولو قال لم
ادخل بها لا رجعة له عليها وتعليق الرجعة بالشرط واضافتها الى وقت في المستقبل باطل كالنكاح والمستحب ان يراجع بالقول وفي الينابيع الرجعة سنية وبدعية فالسنية
بالقول **قوله** هو قول مالك المذكور في كتبهم انها تصح بلا اشهاد وانه مندوب اليه كقولنا فكان ما ذكره المصنف رواية عنه وكذا المنسوب الى الشافعي قول غير معمول
عند اصحابه فانه قال في المبسوط وفي الجديد للشافعي والاشهاد مستحب وفي الروضة انه ليس بشرط على الاظهر **قوله** ولنا اطلاق النصوص للرجعة من غير شرط الاشهاد
كقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان وقوله تعالى فامسكوهن بمعروف وقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن وقوله تعالى فلا جناح عليهما
ان يتراجعا وقوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها فهذه النصوص ساكتة عن قيد الاشهاد فاشتراطه اثبات بلا دليل ثم انا نقول ليس ... دليل عليه فالامر فيه
للندب بدليل انه قرن الرجعة بالمفارقة في قوله تعالى فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف ثم امر بالاشهاد على كل منهما فقال ... في جملتين ثم امر بالاشهاد
على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله واشهدوا ... اللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقي كالوجوب فيما نحن فيه والمجازي كالندب فاذا ثبت ارادة احدهما بالنسبة الى احدهما لزم
ان يراد به ايضا ذلك بالنسبة الى الآخر والا لزم تعميم اللفظ في الحقيقة والمجاز وهو ممنوع عندنا وقد ثبت ارادة الندب بالنسبة الى المفارقة فلزم ارادته ايضا بالنسبة
الى المراجعة فيكون الندب المراد به شاملا لهما وهذا على قولنا اما الشافعي فيجيز الجمع بينهما فلا ينتهض حجة عليه الا بانتهاض الاصل المذكور وقد بيناه على وجه بديع
فيما كتبناه في الاصول مع ان التقرير لا حاجة اليه لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم فكيف تلتزم به بناء الاشتغال بجوابه للمسائل اصلا **قوله** كيلا تقع
في المعصية قيل عليه للمعصية يحصل علمها بالرجعة ودفع بانها اذا تزوجت بغير سؤال تقع في المعصية لتقصير منها في الامر واستشكل من حيث ان هذا ايجاب للسؤال
عليها واثبات المعصية بالسؤال ... عندنا وليس السؤال للدفع اهو متوهم الوجود وبعد تحقق عدمه ... ذلك ... الا ان كان مستحبا الا انه تقع
في خلاص ... فكذا سوالها يكون مستحبا الا انها في النكاح كذلك او واجبا ولم تعلم فتزوجت آخر فهي ... الاول ... **قوله** واذا انقضت العدة الخ
هنا مسئلتان الاولى اذا لم يظهر رجعتها في العدة حتى انقضت فقال بعد العلم بانقضائها كنت راجعتك فيها والثانية قال قبل العلم راجعتك على سبيل الانشاء
واما ان تكون المرأة امة او حرة وكل منهما اما ان تصدقه او تكذبه ففي الحرة ان صدقته تثبت الرجعة لان النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة اولى وان كذبته لا تثبت
لانه اخبر بمجرد دعوى تملك بضعها بعد ظهور انقطاع ملكه بمجرد دعوى ملك في وقت لا يملك انشاءه فيه لا يجوز قبولها مع انكار المدعى عليه الا ببينة بخلاف
ما اذا كان ذلك في وقت يمكنه فيه انشاؤه كان يقول في العدة كنت راجعتك امس تثبت وان كذبته لانه لا تهمة فيه لتمكنه من ان ينشئه في الحال ويجعل ذلك انشاء
ان كانت لعينه تحمله فيها كالوكيل اذا اخبر قبل العزل ببيع العين يصدق لملكه الانشاء وبعد العزل لو اخبر ببيعه سابقا وكذبه المالك لا يقبل قوله الا ببينة
لانه متهم حيث لم يخبر قبل ذلك ثم لا تحلف المرأة اذا كذبته بل تذهب الى حالها بلا يمين عند ابي حنيفة رحمه الله وهي من الاشياء الستة التي لا يمين فيها عنده وفي
الامة ان كذبته وصدقه المولى فالقول لها عند ابي حنيفة خلافا لهما وان صدقته وكذبه المولى فعندهما القول للمولى واختلف في قول ابي حنيفة والصحيح انه

وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول قولها عند أبي حنيفة وقالا القول قول المولى لأن بضعها مملوك له فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الإقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتني على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتني عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لأنها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في إبطاله بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة

وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها لأنها أمينة في ذلك إذ هي العالمة به وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل

لقولها وسياق هذا القول في الكتاب فانه فصل بين قوله للحرة وبين قوله للأمة بالمسألة الثانية وبنى هذا على ما قال قبل الانقضاء للموافقة فنقول أما المسألة الثانية فإن قالت مجيبة انقضت عدتي متصلا لا تثبت الرجعة اتفاقا لأنها متهمة في ذلك بسبب سكوتها وعدم جوابها على الفور وأقيل ما وجب إجابته على أقرب حال للتكلم وذلك حال سكوته فينضاف إليه وهو بعد ثبوت الرجعة لكن وإن قالته موصولا بكلامه لا تثبت عند أبي حنيفة ولا يخفى أن هذا مقيد بما إذا كانت المدة تحتمل الانقضاء فلو لم تحتمله تثبت الرجعة إلا أن ادعت أنها ولدت وثبت ذلك وعندهما تصح الرجعة لأنه صادفها حال قيام العدة ظاهرا لبقائها ظاهرا إلى أن تخبر بانقضائها فتثبت كما يثبت الطلاق لو قال طلقتك فقالت مجيبة انقضت عدتي حيث تقع طلقة أخرى وأبو حنيفة يقول صادفها حال كلامه لأنها أمينة في الإخبار شرعا فوجب قبول إخبارها وأقرب زمان يحال عليه خبرها زمان تكلمه فتكون الرجعة مقارنة لانقضاء العدة فلا تصح كما لا يقع الطلاق في قوله أنت طالق مع انقضاء عدتك على هذا والتحقيق أن خرج كلام الرجل مع قولها انقضت عدتي ينبغي أن لا تثبت الرجعة ومسألة الطلاق المقيس لهما عليها ممنوعة فلا يقع عنده قيل والأصح أنه يقع لأنه مؤاخذ به لإقراره بالوقوع في حق نفسه ولا يخفى أن هذا إنشاء وليس بإخبار ليكون إقرارا أفاد بظهوره إنشاء في وقت لا يصح فينبغي أن لا يقع ثم لو عرف أن مقتضى الفقه كون إيقاعه بعد في حال الانقضاء قطع وقال لا اعتبار بل وقع لمن صح لأنه مقر على نفسه بالوقوع فيما ادعى بصيغة إن طلقتك ونحوه من أنت طالق ظاهر في الإخبار والإنشاء يحتمله لتقدم الطلاق الأول أن أجيب بالعكس فإن لم يسلم هذا فالتعويل على المنع ويستحلف المرأة هنا بالإجماع على أن عدتها كانت منقضية حال إخباره والفرق لأبي حنيفة رحمه بين هذه وبين الرجعة حيث لا يستحلف عنده أنه لم يراجعها في العدة أن لزوم اليمين لفائدة النكول وهو بذل عنده وبذل الامتناع عن التزوج والاحتباس في منزل الزوج جائز بخلاف الرجعة وغيرها من الأشياء الستة فإن هذا ما لا يجوز ثم إذا نكلت هنا ثبتت الرجعة بناء على ثبوت العدة بنكولها ضرورة كثبوت النسب بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة **قوله** وإن قال زوج الأمة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول لها وعندهما للمولى لأنه أقر بما هو خالص حقه وهو منافع بضعها للزوج فيقبل كما لو أقر عليها بالنكاح ولا يخفى قيام الفرق بين إقراره عليها بالنكاح وإقراره بأن الرجعة كانت في العدة لأنه ينفرد بإنكاحها حال غيبتها وعدم إذنها فيقبل إقراره بخلاف إقراره وتصديق الزوج في دعوى الرجعة وهو يقول إن حكم الرجعة من الصحة وعدمها يبتني على العدة من قيامها وانقضائها وهي أمينة فيها مصدقة في الإخبار بالانقضاء والبقاء لا قول للمولى فيها أصلا فكذا فيما يبتني عليها وفيه نظر إذ لا ملازمة يحكم بها العقل بين كون القول قولها في العدة وبين كونه لها فيما يبتني عليها إلا إذا قرر المراد بقوله في العدة قولها أي بأن تدعي فيها الثبوت والانقضاء فتثبت الرجعة وعدمها إلا أنه إذا لم يكن القول قولها فيما يثبت لا لأجل أن القول لها في المستلزم للمعنى المقتضي فيها وهذا لا يقتضي سماع قولها في الرجعة ابتداء كما هو هنا فإنها لم تدع في العدة دعوى يخالفها فيها الزوج بل اتفقا على انقضائها وثبت انقضاؤها وإنما ادعى في حال الأكل أنه راجعها قبل الانقضاء وهي منكرة وأن يكون ذلك فعل فلا يقبل عليها **قوله** ولو كان على القلب بأن كذبه المولى وصدقته فالقول للمولى بالاتفاق **قوله** في الصحيح احتراز عما في الينابيع أنه على الخلاف أيضا وقال بعض أصحابنا لا يقضى بشيء حتى يتفق المولى والأمة ويجب أن يكون معنى هذا لا يحكم بصحة الرجعة إلا إذا اتفقا وقيل أن لا يقضى بالرجعة ولا بعدمها وفي المبسوط لا تثبت الرجعة بالاتفاق ولم يقل في الصحيح ووجه الفرق لأبي حنيفة رحمه أن الزوج يصح أنها منقضية العدة في الحال ويستلزم ظهور ملك المولى المتعة ولا يقبل قولها في إبطاله بخلاف الوجه الأول هو ما إذا كذبته وصدقه المولى لأنه بالتصديق مقر بقيام العدة عند الرجعة ثم الملك مع العدة لا يقبل قوله **قوله** وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لأنها أمينة في ذلك إذ هي العالمة به دون غيرها

او يمضي عليها وقت صلوة كاملة لان الحيض لا يزيد على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات بمضي وقت الصلوة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة زائدة فاكتفي بالانقطاع وتنقطع اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي يوسف وهذا استحسان وقال محمد اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لا فيما قبلها من الاوقات

اي بالانقضاء ولذا لو قبل قربانها انها حائض حتى لا يحل قربانها للزوج ولا اللبث ولو قالت ولدت فقد انقضت بالولادة لا تقبل الا ببينة ولو اسقطت سقطا مستبين بعض الخلق فلا بد من ان يطلب بينة على انها اسقطت بهذه الصفة بالاتفاق ولا فرق في هذا بين الامة والحرة **قوله** او يمضي عليها وقت صلوة اي بان يخرج وقتها الذي طهرت فيه فيصير دينا في ذمتها فان كان الطهر في آخر الوقت فهو ذلك الزمن اليسير ان كان في وسعها ان تغتسل فتحرم لان الصلوة لا تصير دينا الا بذلك وعلى هذا لو طهرت في وقت مهمل كبعد الشروق لا تنقطع الرجعة الى دخول وقت العصر **قوله** بخلاف ما اذا كانت كتابية فانه لا يتوقع في حقها امارة الى الخروج من الحيض شاهدة على مجرد الانقضاء لان الغسل والصلوة ليسا بواجبين عليها بمجرد الانقطاع وان كان بما دون العشرة فحل لها اذا انقطعت رجعتها **قوله** وتنقطع اذا تيممت وصلت اي تنقطع الرجعة عند ابي حنيفة وابي يوسف **قوله** حتى تثبت به من الاحكام برفع تثبت لان حتى هنا ليست للغاية بل للتعليل والمراد الاحكام جواز الصلوة والتلاوة ودخول المسجد ومس المصحف بهذه احكام الغسل فكان التيمم مثله ثم انقطاع الرجعة مما يؤخذ فيه بالاحتياط وكذا لو اغتسلت وبقيت لمعة تقطع كذا لو اغتسلت بسؤر الحمار مع وجود الماء المطلق او تيممت تنقطع الرجعة مع عدم جواز الصلوة به فانقطاعها بالتيمم به تجوز الصلوة اولى ولا يشكل عليه انه لا يحل لها التزوج بآخر بالاتفاق لان التيمم وان قام مقام الغسل هو قسم منه والاحتياط في التزوج عدم جوازه وهو في الرجعة انقطاعها حتى لا يتبادر على شبهة **قوله** ولهما انه ملوث غير مطهر حقيقة لا شرعا الذي اليه راجع وانفصل هذا المقام ليندفع ما يخال من المناقضة للاوهام مستعينا فيه بالملك العلام مصليا على سيدنا محمد افضل الرسل الكرام عليه افضل الصلوة والسلام فنقول هذا البحث له ثلث موارد في الفقه اما باب التيمم في البحث مع الشافعي في جواز الفرائض المتعددة بتيمم واحد عنده فلذا قالوا هو مبني على ان التيمم طهارة مطلقة او لا فقال انها ضرورية تثبت ضرورة اداء المكتوبة فتتقدر بقدرها ولا تبقى بعدها فانتفى تنافي جواز على انها مطلقة تعمل عمل الماء ما بقي شرطه وصرح في النهاية في تقريره بان التيمم مزيل للحدث من كل وجه ما بقي شرطه وهو العدم كالماء الا انه بالماء مقدر الى وجود الحدث مبانيه شيئين الحدث والماء ثانيها باب الامامة في مسئلة اقتداء المتوضي بالمتيمم فانهم قرروا فيها فقال محمد هي ضرورية فلا يجوز اقتداء المتوضي به وقالا مطلقة فيجوز فاذا اتفقوا ايضا الا انهم عكسوا كلهم فتكون الحجة وجهان من المناقضة احدهما قوله في الامامة ضرورية بعد ما اتفقوا عليه في جواب الشافعي من انها مطلقة والثاني ان قالا في الامامة انها ضرورية فقال انها مطلقة ولهما بعين المناقضة وهو قولهما هنا انها مطلقة وهنا ضرورية ملوثة وكثير من الشارحين يا خذ في التقرير قولهما انه لا يزيل الحدث بيقين ولهذا عند رؤية الماء انما يصير محدثا بالحدث السابق فقد ناقضوا جميعا والجواب انه لا شك في ان للتيمم جهة الاطلاق وجهة الضرورة وذلك انه ايضا ملوث في نفسه مغير لا يطهر لا ينظف فمقتضى الاطلاق انه يزيل الحدث مطلقا كالماء الى غاية احد الامرين من وجود الحدث او الماء ومقتضى الضرورة ان شرعيته ضرورة اداء المكتوبات مع عدم تفويتها وتكثير الخيرات عند عدم الماء اكراما لهذا النبي الكريم وامته ولذا كان من الخصائص من هذا القبيل الاملاء بمعنى الاطلاق وحاصلها بيان سبب شرعيته ولما شرع للضرورة والحاجة التي ذكرنا شرع كما شرع استعمال الماء نما يفيد ضعفه في الخيال عن التطهير بالماء وانما كونه ملوثا مغيرا فهو سبب عدم شرعيته ابتداء كالماء حتى يكون المكلف مخيرا بين الماء والتراب ابتداء فانه لما كان المقصود من شرعية الوضوء تحسين هيئة الاعضاء الظاهرة وتنظيفها للقيام بين يدي الرب جل وعلا والتراب لا يفيد ذلك بل ضده لم يشرع الا في الضرورة المتحققة من الحاجة الى الاداء مع عدم الماء تكريما لنبينا محمد صلى الله عليه وسلم فذكر التلويث وعدم تطهيره في نفسه كسبب لعدم شرعية مع الحاجة المذكورة فاذا علمت هذا فقولهم مع الشافعي انها مطلقة اي مزيل للحدث ويستباح به كل ما يستباح بالماء على الوجه الذي يستباح به يستتبع بتقرير الصحة على فرض واحد لا ينافي قولهم انها ضرورية على ما سمعت فمن قال انها مطلقة في موضع وقال في آخر انها ضرورية لم يكن مناقضا اصلا وقول من ذكر في تقريره انه لا يرفع بيقين ما ما فرق بينه وبين الماء فان الماء يرفعه بيقين وهذا يرفعه ظنا للخلاف في ان الحدث امر حقيقي

والأحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلاة وإذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء
فإن كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وإن كان أقل من عضو انقطعت قال رضي الله عنه وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة لأنها غسلت الأكثر
والقياس فيما دون العضو أن تبقى لأن حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ ووجه الاستحسان وهو الفرق أن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم
وصول الماء إليه فقلنا إنه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج أخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لأنه لا يتسارع إليه الجفوف ولا يغفل عنه عادة فافترقا

أو بمجرد النية فعلى الأول إلى رفعه إلا الماء حين قيل صار محل اعتبار غير الربع هو الظن الثاني لما قدمنا في باب التيمم من الحدث والمنع وبيانه لم يقدر أحد على إثبات
أن الحدث وصف حقيقي قائم بالأعضاء زائد على نفس المانعية الشرعية وعلى هذا فلا إشكال في ارتفاعه بالتيمم وكون الحدث يظهر عند رؤية الماء لا يستلزم عدمه
أو قد بينا أن الحدث اعتبار شرعي غاية الأمر أن يقطع ذلك الاعتبار إلى غاية ثم يعيده الشرع عند رؤية الماء والدليل الجلي على هذا كون رؤية الماء لا ينقض حتى كونها
نقضا مثل النفاس ونحوه وتعيين كل منهم أحد الجنبين بخصوص ذلك الموضع الذي عينه فيه إنما وجبه تخصيص صحيح فهو أنه رأى وجوب الاحتياط في الموضعين
فالاحتياط في قصد المتوضئ للمتيمم أن لا يصح ولا يعلل بهذا إلا بجهة الضرورة فاعتبرنا فيقول لما كانت ضرورية حيث كانت تنقض بوجود الماء لا تثبت إلا مع أنها
كانت ضعيفة بالنسبة إلى طهارة الماء فيكون الاقتداء والحالة هذه بناء القوي على الضعيف وفي الرجعة الاحتياط في انقطاعها والعمل إلا بجهة الإطلاق فالترجيح
وحاصله عكس الحكم في الموضعين لم يكن من عكس المبني فيهما بل الباقي بعد هذا إنما هو النظر في الترجيح في الخلافيين في الحكم وعندي أن قولهما في الاقتداء أحسن من
قول محمد وقول محمد في الرجعة أحسن من قولهما لأن الضعيف لكان في طهارة التيمم لم يظهر تعطيله أثر في شيء من الأحكام عندنا فعلمنا أنه شيء له في نفسه
اقتداء المتوضئ به وتنقطع به الرجعة خصوصا والاحتياط في ذلك واجب بدءا ولقائل أن يقول اشتراط الغسل بعد الانقطاع لتمام العادة وقبل العشرة يرد الدليل
وهو قوله تعالى ثلاثة قروء لخلوه عن اشتراطه فاشتراطه لانقضاء العدة زيادة على النص فإن أجيب بأن تيقن الانقضاء منتف لغرض أنه ليس أكثر الحيض فاحتمال
عود الدم دفع بأن هذا الاعتبار الزائد لا يجدي قطع هذا الاحتمال إذ في الواقع ولا شرعا لأنها لو اغتسلت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة كان له الرجعة بعد
أن قلنا انقطعت الرجعة فكان الحال موقوفا على عدم العود بعد الغسل كما هو كذلك قبله ولو راجعها بعد هذا الغسل الذي قلنا إنه تنقطع الرجعة ثم
عاودها ولم يجاوز العشرة صحت رجعته وكذا الكلام في التيمم فليس جواب المسألة في الحقيقة إلا مقيدا هكذا إذا انقطع لأقل من عشرة ولم يعاودها أو عاودها
وتجاوز ما ظهر انقطاع الرجعة من وقت الانقطاع لانقضاء العدة إذ ذاك حتى لو كانت تزوجت قبل الغسل ظهر صحته وإن عاودها ولم يتجاوز فالأحكام
المذكورة بالعكس والله أعلم **قوله** والأحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية إذ حل دخول المسجد والقراءة من ضرورة حل الصلاة ومقتضاه وكذا المس لأنه
قد يحتاج إلى مس المصحف للقراءة في الصلاة لنسيان أو غلط أو زيادة أو إتقان وكذا سجدة التلاوة ركن من الصلاة وقد تجب في الصلاة **قوله**
وقيل بعد الفراغ ليتقرر الحكم بجواز الصلاة قال في المبسوط وهو الصحيح فإن فسادها قبل الفراغ محتمل لاحتمال رؤية الماء فيها ولو تيممت وقرأت ومست
المصحف أو دخلت المسجد قال الكرخي رحمه الله تنقطع به الرجعة لأن صحة هذه حكم من أحكام الطاهرات وقال الرازي لا تنقطع به **قوله** وإن كان أقل من عضو انقطعت
وذلك كنحو الأصبع كذا في المحيط والينابيع وكذا بعض الساعد والعضد والعضو الكامل كاليد والرجل **قوله** والقياس في العضو إلى قوله والقياس فيما دون العضو
أن يبقى أي الحكم الثابت في العضو وما دونه استحسان فالقياس في العضو أن ينقطع لأن للأكثر حكم الكل وفي بعض العضو أن لا ينقطع لأنها لم تخرج إلى الطهارة
ولا يخفى أن كل من القياسين في كل من العضو وما دونه فيقتضي أن يتعارض في كل منهما قياسان قياس أن للأكثر حكم الكل فيوجب انقطاع الرجعة وقياس
بقاء الحدث بعينه فيوجب عدم انقطاعها وبنى الاستحسان على اعتبار القياس الثاني إذ حاصله اعتبار ظهور عدم إصابة الماء للشيء وعدمه فإذا ظهر عدمه لم تنقطع
الرجعة وإذا لم يظهر ثبوت الإصابة انقطعت غير أن ظهور الترك يتحقق في العضو لا في الأقل على أن كون للأكثر حكم الكل قياسا ممنوع بل إنما يحكم به في مواضع خاصة
بخصوص موجب لا في كل فيها لأنه مطرد شرعا ممهد ثم وجه التفصيل المذكور أن ما دون العضو يتسارع الجفاف إليه بعد إصابة الماء فيجب تقديره تنقطع الرجعة فحكم بانقطاعها
بناء على هذا الاحتمال احتياطا ولم يحل لها أن تتزوج بآخر حتى تغسل ذلك الموضع احتياطا في أمر الفرج حتى لو تيقنت عدم إصابة الماء بأن علمت قصدا إلى

وعن أبي يوسف أنه لو ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول الشيخ أن ما دون العضو ... اختلاف ... من الأعضاء ومن طلق

حاملا أو من ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة لأن الحمل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله عليه السلام الولد للفراش وذلك دليل الوطء منه وكذا إذا ثبت نسب الولد

منه جعل واطئا وإذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع ألا يرى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان فلأن تثبت الرجعة أولى وتأويل مسألة الولادة

أن تلد قبل الطلاق لأنها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة فإن خلا بها وأغلق بابا أو أرخى سترا وقال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه

فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا بخلاف المهر لأن تأكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الأول فإن راجعها معناه بعد ما خلا بها

وقال لم أجامعها ثم جاءت بولد لأقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لأنه يثبت النسب منه إذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة

فأنزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لأن على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء

ذلك الموضع عن الإصابة قلنا لا تنقطع الرجعة بخلاف العضو الكامل فإن احتمال جفافه قبل الإصابة بعيد فيه جدا لأن الغفلة عنه ممن هو بصدد تعميم جميع الأعضاء في
غاية البعد فلم تظهر ثمرته فلم تنقطع **قوله** وعن أبي يوسف أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك العضو الواو بمعنى أو إذ ترك كل بانفراده كترك عضو وعنه هو قول محمد
كترك ما دون العضو قوله لأن في فرضيتهما أي في فرضية المضمضة والاستنشاق في الغسل اختلافا فعلى تقدير الافتراض لا تنقطع الرجعة وعلى تقدير السنة تنقطع فقطعناها
ملاحظة لهذا الاحتمال احتياطا ولو بقي حال المنخرين لم تنقطع الرجعة قوله ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه قبل الطلاق ثم طلقها وقال لم أجامعها فله الرجعة
لأن الحبل متى ظهر بعد العقد في مدة يتصور أن يكون منه بأن يأتي به لستة أشهر فصاعدا من يوم التزوج جعل منه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش
وإذا جعله الشارع منه فقد أنزله واطئا وبطل زعمه في عدم الوطء المستلزم لإقراره بعدم حق الرجعة له بتكذيب الشرع إياه في ذلك حيث حكم بثبوت النسب فله الرجعة ما دامت
في العدة وهذا العدم تعلق حق له بسبب إقراره وذلك بخلاف ما لو أقر بعين في يد إنسان ثم اشتراها ثم استحقت فأخذت منه قبل أن يقضي بها للمقر له ثم وصلت إلى يده بسبب
من الأسباب حيث يؤمر بتسليمها للمقر له وإن كان مكذبا شرعا بالحكم للمستحق ثم بصحة الرجوع له بخلاف ما لو قال في عبد إنسان إنه حر الأصل وأعتقه مولاه وكذبه المولى ثم اشتراه
حكم بحريته وبصحة البيع مع أن الحكم بصحة الشراء فرع تكذيبه فالأصل أن تكذيب الشرع إقراره بما ثبت حق الغير إن كذبه الشرع إقراره بما يستلزم بطلان حق فرع تكذيبه في اللازم
فينتفي الثاني إذا انتفى عدم الوطء للرجعة ثبت وجودها فاعادته في الرجعة بخلاف إقراره بما ثبت به حق الغير فإن تكذيب الشرع يقتصر على حق نفسه فيبقى لازم المقر فيقع
بالتكذيب كما لو لم يكذب فكذا كذب في إقراره بالحرية وثبت الحكم بها وفي استحقاق المقر له بالعين مع تكذيبه بالحكم للمستحق فإن قلت كيف يتصور وجود الملزوم مع
تخلف اللازم وإن كان لزوما شرعيا لأن تخلفه يبطل اعتبار الشرع إياه لازما وقد فرض اعتباره لازما فالجواب أن الامتناع في اللزوم العقلي أما الشرعي فقد
يحكم الشرع باللزوم على تقدير فيقتصر الملازمة عليه هنا كذلك فإنه حين أقر بالعين لفلان ثبت أن فلانا أحق بها من غيره فإذا كذبه الشرع بالقضاء به للمستحق في
إقراره أنه لفلان ثبت أنه ليس لفلان بالنسبة إلى المستحق فقط وأنه له بالنسبة إلى المقر فثبت اللزوم على هذا الوجه **قوله** ألا يرى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان
أي الوطء الذي ثبت بتكذيب الشرع إياه والإحصان له مدخل في إيجاب العقوبة فلأن تثبت به الرجعة ولا مدخل لها في العقوبة أولى **قوله** وتأويل مسألة الولادة
أن تلد قبل الطلاق أي في مدة يقع بأن تلد لستة أشهر فصاعدا من يوم النكاح كما قدمنا **قوله** وأغلق بابا المناسب أغلق بابا كما فعل في أرخى لا بالواو لأن كلا منهما
تفسير للخلوة لا مستقل إلا أن إثباتها لا يباين لها **قوله** لأن تأكد الملك بالوطء فبعدمه تبين بالطلاق لا إلى عدة وشرط الرجعة العدة وقد أقر بعدمه فصار
مبطلا حق نفسه من الرجعة **قوله** ولم يصر مكذبا شرعا جواب سؤال أنه هنا أيضا صار مكذبا شرعا حيث لزمه تمام المهر بناء على صحة الخلوة والحكم بذلك شرعا
إنزال له واطئا شرعا فيمتنع كونه بناء على ذلك شرعا وعلى ما يستلزمه بل هو بناء على تمام تسليم المبدل وهو نفسها بالتخلية التي هي منها ولو توقف لزوم كمال
المهر على غير ذلك مما ليس في فعلها لتضررت فلم يكن مكذبا شرعا وتجب العدة عليها مع ذلك لاحتمال كذبه وكذبها والعدة يحتاط في إثباتها لا في نقضها
يستلزم علمها الإنزال فهي حق الشرع فلا يصدقان في إبطالها فتعتبر العدة قائمة شرعا ولا رجعة عليها لأن إقامة الخلوة هنا مقام الوطء لما أوجب ذلك قول الإمام
المزني إن العدة تستدعي سبق الشغل مردود بالآيسة والصغيرة لو قال جامعتها كان له الرجعة وإن كذبته المرأة في الوطء **قوله** بخلاف الفصل الأول متصل
بقوله لم يصر مكذبا شرعا وهي ثبوت النسب بظهور الحمل حال الطلاق أو بالولادة قبل الطلاق كما هو حكم المسألة المتقدمة لتكذيب الشرع له في قوله لم أجامعها
حيث جعله واطئا حكما لأن الرجعة تبتنى على الدخول وقد ثبت لثبوت النسب لأنه لا نسب بلا ماء فيثبت **قوله** معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها أي ثم
طلقها ثم راجعها لا تصح الرجعة لاعترافه بعدم الوطء فلو جاءت بعد هذه الرجعة بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق صحت أي ظهر صحتها **قوله** لأن

والمسلم لا يفعل الحرام وان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم ولدت آخر فهي رجعة معناه من بطن آخر وهو ان يكون بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الاول طلاق والولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانها اذا جاءت بالولد الاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطء حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل له عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها وقال زفر رحمه الله له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن الآية ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به

على اعتبار الثاني فهو ازالة الملك بعد الطلاق وهو صريح في العناية في العبارة اي يقول لان على الاعتبار الثاني يحرم الوطء لزوال الملك بنفس الطلاق على تقدير في عدم الوطء اذ المؤدي على عبارته بناء على اعتبار انه ازالة الملك بعد الطلاق بزوال الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم وتحصيل المقصود منها بتكلف بعد قيام خطائها **قوله** المسلم لا يفعل الحرام فان قيل والظاهر ايضا انه لا يكذب فالجواب لا بد من احد الاعتبارين وعلى الاول يلزم كذبه وعلى الثاني يلزم ارتكاب الزنا وهو اعظم من ارتكاب الكذبة **قوله** وهو ان يكون بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين ان فيه للوصل قال فاذن قوله بعد ستة اشهر معناه اي فصاعدا اقل من سنتين او اكثر وان كان عشر سنين ما لم تقر بانقضاء العدة لان الثاني يضاف الى علوق حادث بعد الطلاق في العدة لان امتداد الطهر لا غاية له الا الاياس فيه يصير مراجعا بخلاف ما ذكر في كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقا رجعيا لو ولدت لاقل من سنتين بيوم لا يكون مراجعة وفي اكثر من سنتين يكون رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق في الاول دون الثاني فان هذا الاحتمال سقط ههنا لانها اذا كانا من بطنين كان الثاني من وطء حادث البتة بخلاف ما اذا كان بينهما اقل من ستة اشهر فانهما من بطن واحد اذ لم يقم دليل يوجب الحكم بكون الثاني من وطء حادث بعد الطلاق الواقع بولادة الاول فلم تثبت الرجعة لانها بالوطء لكن من بعد الطلاق **قوله** وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة وهو ان يكون بين كل ولدين ستة اشهر فان كان اقل فهما توأمان فيقع طلقتان بالاولين لا غير وبالثالث تنقضي العدة ولو كان الاولان في بطن والثالث في بطن يقع تطليقة واحدة بالاول لا غير وتنقضي العدة بالثاني ولا يقع بالثالثة شيء ولو كان الاول في بطن والثاني والثالث في بطن يقع ثنتان بالاول والثاني وتنقضي العدة بالثالث فلا يقع به شيء وان كانوا في بطون فالولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق لوجود شرطه وصارت في العدة وبالولد الثاني صار مراجعا لما بينا ان العلوق بوطء حادث في العدة فيصير به مراجعا قوله وبالثاني صار مراجعا معناه ظهر به الرجعة سابقا ثم يقع الثاني طلقة ثانية لان اليمين بكلما المقتضية للتكرار وصارت في العدة وبالولد الثالث تظهر رجعة على ما ذكرنا ويقع الثالثة بولادته ولا يلزم الحكم بالوطء في النفاس وهو محرم لان النفاس لا يلزم كونه خاصة فجاز ان يكون لحظة وجاز ان لا ترى شيئا اصلا على ما تقدم في الحيض فلم يلزم الحكم بالوطء **قوله** تتشوف التشوف خاص بالوجه والتزين عام من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف اي مجلو وهو ان تجلو وجهها وتصقله **قوله** اذ النكاح قائم بينهما جميع احكامه من التوارث ولو قال كل امرأة لي طالق تدخل فيه المطلقة فتطلق سوى المسافرة بها فانها تحرم على الزوج لنص فيها على خلاف القياس وهو قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن نزلت في الرجعية لسياق الآية وهو قوله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا اي يبدو له ان يراجعها ولاجل هذا النص لم يجعل حيثيا ان الرجعة مندوبة والمسافرة بها حرام قيل لا دلالة لها لان الكلام فيمن يصرح بعدم رجعتها واورد عليه ان التقبيل بشهوة ونحوه يكون رجعة وان نادى على نفسه بعدم الرجعة وجوابه الفرق بالحل والحرمة كما قلنا وكما لا يحل لها السفر لا يحل الخروج بها الى ما دونه لان الحرمة ليست منوطة بالسفر بل بالخروج وكما يكره السفر بها تكره الخلوة اذ قد ينظر نظرا يصير به مراجعا وهو لا يريد الرجعة فيطلقها اخرى فيؤدي الى تطويل العدة عليها وذلك حرام وقال السرخسي انما يكره الخلوة اذا لم يأمن غشيانها اذ يصير مراجعا لها بغير اشهاد وهو مكروه ومقتضى هذا انه اذا امن لا يكره وان كراهة الخلوة كراهة تنزيه فلم يلتفت شمس الائمة الى التعليل باحتمال النظر الذي يصير به مراجعا كانه لبعده جدا حيث كان انما هو النظر الى داخل الفرج وقل ان يقع مع الخلوة حتى ان الانسان يكون مع زوجته التي هي في عصمته سنين لا يقع له هذا النظر الا ان تعمده وقصده امام الجماع لكن الوجه الذي ذكره المصنف هو قوله لان تراخي عمل المبطل يعني الطلاق وهو قطع النكاح لحاجته اي لحاجة الزوج الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة اي العدة ظهر انه لا حاجة الى الرجعة فتبين

وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع أخر عمله الى مدة إجماعا او نظرا له على ما تقدم **فصل** فيما تحل به المطلقة وان كان الطلاق بائنا دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في حق الامة كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف

ان المبطل عمل الابانة من وقت وجوده وان مسافرته بها كانت باجنبية كما يقتضي قصر كراهة المسافرة على تقدير ما اذا لم يراجعها بعد ذلك في العدة كذلك تقتضي حرمة الخلوة بها ان لم يكن قصده الرجعة ويقتضي انه لو راجعها ظهرت ماجة وان المبطل لم يعمل اصلا فتبين ان الخلوة والمسافرة لم تكونا باجنبية والدليل على ان عمله من وقت وجوده احتساب الاقراء الماضية قبل انقضاء العدة من العدة فلو كان المبطل مقتصرا على انقضائها لم تحتسب ويحتاج الى عدة مستأنفة والاوجه تحريم السفر مطلقا لاطلاق النص في منع السفر بها دون الخلوة لعدم النص وقصور المنع بهو لزوم المراجعة بالنص على ما تقدم ولزوم ظهور ان الخلوة باجنبية غير ضائر اذ حالة تحققها كانت زوجته يباح مباشرتها ثم ما يباح من الزوجة **قوله** وذلك يعني استدامة يؤذن بكونه استدامة لا انشاء والدليل ينافيه اي دليل الاستدامة وهو ثبوت الرجعة بغير رضاها ينافيه اي ينافي الانشاء لانه لو كان انشاء ولو من وجه لم يستبد به الزوج بل احتاج الى رضا المرأة واذنها والشهود والولي عند من يوجبه احتياطا وما يدل على بقاء الزوجية في الرجعة من كل وجه ما قدمنا في اول الباب من النصوص فارجع اليه **قوله** والقاطع الخ جواب عن قول الشافعي ان الزوجية زائلة لوجود القاطع قلنا نعم وجد لكن أخر عمله اجماعا الا ان الاجماع على ان الرجعة تثبت بلا رضاها يفيد ان عمله وهو القطع مؤخر او نقول أخر عمله نظرا للزوج على ما تقدم من ان حق الرجعة ثبت نظرا الا

فصل فيما تحل به المطلقة لما ذكر ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره **قوله** لان حل المحلية تركيب غير صحيح والصحيح ان يقال لان حل المحل باق او لان المحلية باقية وهذا لان المحلية هي كون الشيء محلا ولا معنى لنسبة الحل اليها اذ لا معنى لحل كونها محلا **قوله** لان زواله مرجع الضمير الحل ومع غيرهم فينعدم الزوال **قوله** ومنع الغير جواب عن مقدر والمتبادر من العبارة ان يقال ما الفرق بين الزوج وغيره حيث جاز في العدة للزوج التزوج لا لغيره فاجاب بلزوم اشتباه النسب في الاجنبي دون الزوج وهو سهل ثم قد يقرر هكذا المنع في العدة عام بالنص قال تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله يعني انقضاء العدة فكيف جاز للزوج تزوجها في العدة وحاصل هذا استشكال الاطلاق للزوج في العدة وعموم النص يمنعه والاول طلب الفرق قلنا عمومه في ضمير تعزموا في العدة خص منها العدة من الزوج نفسه بالاجماع فيلزم تخصيصه من العموم الاول وحكمة شرعية العدة في الاصل ان لا تشتبه النسب لاشتباه في اطلاقه اي اطلاق صاحب العدة من ذلك لمنع لان الماء ماؤه فلذلك جاء الاجماع على اطلاقه واطلق ليبين هذا الكلام بيان علة دليل التخصيص اعني الاجماع لان الصغيرة والآيسة لا اشتباه في حقهما مع عدم اطلاق الغير فيها بل بيان لعدم المانع من اطلاقه وعدم المانع لا يعلل به لكن المعنى انه لم يجمع مع المانع بل هو منتف فجاز الاجماع ويبطله ان الحق عدم الاجماع ورفع الاشتباه ووجود الحاجة الى الدفع مقتضى لثبوت العدة المانع من التزوج فمتى محل لا يتحقق وجود الحاجة الى الدفع كما في صاحب العدة فقد المانع من جنسها الا انه وجد المقتضي لا العدم لان العلة لا تؤثر في العكس يعني ليس عدمها علة لعدم الحكم ولذلك ثبت الحكم اعني وجوب العدة مع عدمها في الآيسة والصغيرة بالنص وهو قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن او لعلة اخرى مثل ان يكون اظهار الخطر المحل اذا ملك رحيث منع من يرد تملك الاستمتاع عليه بلا قيد ليبقى على الرغبة خلاف ما لو اطلق مطلقا الا انه خطر وقدرة اخرى باشتراط جمع الناس ليشهدوا او لم يطلع عليها او هي فيها التعبد محض لم يمكن اخراجها من احكام العدة مع النص عليها وفي غيرها ما سلف ما قلنا طلبت العدة مطلقا تعبدية **قوله** فان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره ولا فرق في ذلك بين كون المطلقة مدخولا بها او غير مدخول بها لصريح اطلاق النص وقد وقع في بعض الكتب ان في غير المدخول بها تحل بلا زوج وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والاجماع لا يحل لمسلم رآه ان ينقله فضلا عن ان يعتبره لان في نقله اشاعته وعند ذلك ينفتح باب للشيطان في تخفيف الامر فيه ولا يخفى ان مثله مما لا يسوغ الاجتهاد فيه لفوت شرطه من عدم مخالفة الكتاب والاجماع نعوذ بالله من الزيغ والضلال والامر فيه من ضروريات الدين لا يبعد اكفار مخالفه **قوله** والمراد الطلقة الثالثة اي المراد بقوله تعالى فان طلقها

لحل يحتمل ... ثبت باشارة النص وهو ان حمل الكلام على الوطي حمل الكلام على الافادة دون الاعادة ... اسم الزوج لا يزاد على النص بالحديث المشهور وقوله عليه السلام لا تحل للاول حتى تذوق ... عسيلتها

الطلقة الثالثة لانه ذكرها عقيب الطلقتين في القرآن حيث قال الطلاق مرتان ثم قال فان طلقها اي الثالثة هذا قول الجمهور وذهبت طائفة الى ان الثالثة هي قوله او تسريح باحسان قال ابو رزين العقيلي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عرفت الطلقتين في القرآن فاين الثالثة فقال في قوله او تسريح باحسان كذا في المبسوط وكان المراد الخلاف في بيان شرعية الثالثة وقع بلفظ التسريح او بقوله تعالى فان طلقها اذ لا يمكن الخلاف في ان المراد بقوله فان طلقها الثالثة لانه عقيبها بقوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحق ان المراد بالتسريح الثالثة ولا تكرار فان الثاني ذكر شرطا لا عتاحكم الثالثة والاول ذكر للبيان ابتداء شرعية الثالثة وحاصله ان يقال شرعها المتنازع مرتب على الثالثة حكما وبين في كلامه الطلاق مرتان بعدهما اما امساك بمعروف او تسريح بثالثة باحسان فان طلقها الثالثة اختيار الاحد الامرين الجائزين له فحكمه ان لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فيحصل ان كليهما مراد به الثالثة **قوله** تحل الحكاية فيه مثل ما سبق **قوله** ثم الغاية اي غاية عدم الحل الثابت بقوله تعالى فلا تحل له هو الزوج الثابت بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فلذا قلنا لو طلقها ثنتين وهي امة ثم ملكها او طلق الحرة ثلاثا وارتدت ولحقت ثم ظهر على الدار فملكها لا يحل له وطيها بملك اليمين حتى يزوجها غيره ويدخل بها الزوج ثم يطلقها **قوله** والزوجية مطلقا وكذا الزوج مطلقا انما يثبت بنكاح صحيح لان المطلق ينصرف الى الكامل ولانه المتبادر عند الطلاق خصوصا اذا كان مضافا الى المستقبل دون الماضي النكاح الفاسد بخلافه مضافا الى الماضي لان المراد في الاول التعصن والاعفاف وهو لا يحصل الا بالصحيح وفي الثاني صدق الاخبار وهو يحصل بالتزوج فاسدا فلذا احنث في يمينه لم تتزوج بالفاسد لا في حلفه لا يتزوج

قوله وشرط الدخول ثبت باشارة النص الخ لا يخفى ان على تقدير حمله على الوطي ثبت بعبارة النص لانه مقصود بالسوق **قوله** حملا للكلام على الافادة دون الاعادة يعني ان الاعادة لازم على تقدير حمل لفظ تنكح على العقد لان اسم الزوج يتضمن اعادة لدلالته عليه التزاما بخلاف ما اذا حملناه على الوطي فانه كان مجازا بالنسبة الى المرأة وهو مال بنسبة اليها ارادة التمكين من حقيقته لا حقيقته فان المجاز في الكلام اكثر من الاعادة بهذا الوجه على العموم وقد وجه آخر على اثنا وهو ان في حمله على العقد مجاز بين النكاح في العقد مجاز فان حقيقته الوطي والزوج في الاجنبي مجاز باعتبار الاول على الوطي مجاز واحد هو النكاح في التمكين والزوج حقيقته **قوله** او يزاد على النص بالحديث المشهور هذا انما يتصور اذا اريد بلفظ تنكح في النص العقد لا على ارادة الوطي فيه **قوله** روي برواية روى الجماعة من حديث عائشة رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل طلق زوجته ثلاثا فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها قبل ان يواقعها اتحل لزوجها الاول قال لا حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الاول وروى الجماعة الا ابا داود عن عائشة رضي الله عنها جاءت امرأة رفاعة القرظي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت كنت عند رفاعة القرظي فطلقني فابت طلاقي فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير بفتح الزاي لا غير وان ما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أتريدين ان ترجعي الى رفاعة قالت نعم قال لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك وفي لفظ الصحيحين انها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات وفي لفظ للبخاري كذبت والله يا رسول الله صلى الله عليه وسلم اني لانفضها نفض الاديم ولكنها ناشز تريد ان ترجع الى رفاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فان كان كذلك لم تحل له حتى يذوق من عسيلتك قال وكان مع عبد الرحمن ابنان له من غيرها فقال صلى الله عليه وسلم بنوك هؤلاء قال نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لهما هذا وانت تزعمين ما تزعمين فوالله لهم اشبه به من الغراب بالغراب وفي الموطا لكذا انا مالك عن المسور بن رفاعة القرظي عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير ان رفاعة بن سموأل طلق امرأته تميمة بنت وهب ثلاثا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنكحها عبد الرحمن بن الزبير فلم يستطع ان يمسها ففارقها فاراد رفاعة ان ينكحها فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة ووقع في معجم الطبراني عكس ما في الصحيح عن عائشة رضي الله عنها كانت امرأة من قريظة يقال لها تميمة بنت وهب تحت عبد الرحمن بن الزبير فطلقها فتزوجها رفاعة رجل من بني قريظة ثم فارقها الحديث وفيه فقال ...

التحميج

ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب رضي الله عنه وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد زائد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك رحمه الله يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل واحلها على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آلته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا **قال** ووطء المولى امته لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له

يا تميمة أتريدين ان ترجعي الى عبد الرحمن حتى يذوق عسيلتك مثل غيره قال لم يروه عن ابي اسحق الا سلمة ابو الفضل **قوله** لا خلاف لاحد فيه اي من اهل السنة والمراد الخلاف العالي سوى سعيد بن المسيب فلا يقدح فيه كون بشر المريسي وداود الظاهري والشيعة قائلين بقوله واستغرب ذلك من سعيد حتى قيل لعل الحديث لم يبلغه **قوله** لا ينفذ لانه مخالف للحديث المشهور قال الصدر الشهيد من افتى بهذا القول فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين انتهى وهذا لان شرعية ذلك للاغاظة للزوج حتى لا يسرع في كثرة الطلاق عوقب بما يبغض حين عمل ابغض ما يباح **قوله** والشرط الايلاج يفيد بكونه عن قوة نفسه وان كان ملفوفا بخرقة اذا كان يجد لذة حرارة المحل فلو اولج الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع لا بقوته بل بمساعدة اليد لا يحلها الا ان انتعش وعمل والصغير الذي لا يجامع مثله مثله لانه لا يجد لذة اصلا بخلاف من في آلته فتور ولو بلها فيها حتى التقى الختانان فانها تحل به والمجبوب الذي لم يبق له شيء يولج في محل الحل اي محل الختان فلا يحل بسحقه حتى تحبل وفي المبسوط في رواية ابي حفص ان كان المجبوب لا ينزل لا يحلها ولا يثبت نسب الولد منه لانه اذا جف ماؤه صار كالصبي او دونه والخصي الذي شلله يجامع فيحلها وفي التجنيس لو كان مجبوبا لم يحل فان حبلت وولدت حلت للاول عند ابي يوسف خلافا لمحمد وفي الخلاصة لو كان مسلولا وجامعها حلت عند ابي يوسف خلافا لزفر والحسن يشترط كونه في المحل بيقين حتى لو جامعها وهي مفضاة لا تحل ما لم تحبل ولو تزوج صغيرة لا يوطأ مثلها فطلقها زوجها الثاني فوطئها هذا الزوج فافضاها لا تحلها وان كانت يوطأ مثلها حلت وان افضاها **قوله** دون الانزال خلافا للحسن البصري لا يحل عنده حتى ينزل الثاني حملا للعسيلة عليه ومنعها بانها تصدق مع الايلاج وانما هو كمال فيه وفي مسند احمد يرويه انه صلى الله عليه وسلم قال العسيلة هي الجماع انتهى فحيث صدق مسمى الجماع يثبت فيه الا ان في سنده ابا عبد الملك المكي مجهول **قوله** وهو الشرط بالنص فيه نظر اذ لو كان هو الشرط ليس غيره لحلت بدخول الصغير الذي لا يجامع مثله لكنها لا تحل لانه صلى الله عليه وسلم شرط العسيلة من الجانبين فلا بد من كون الزوج ممن يلتذ ايضا وسواء كان حرا او عبدا تزوج باذن المولى عاقلا او مجنونا اذا كان يجامع مثله مسلما او ذميا في الذمية حتى يحلها لزوجها المسلم ولو تزوجت عبدا بغير اذن سيده فدخل بها ثم اجاز السيد النكاح فلم يطأها بعد ذلك حتى طلقها لا تحل للاول حتى يطأها بعد الاجازة وتحل بوطء الزوج في الحيض والنفاس والاحرام وان كان حراما رجل طلق زوجته فاشترى عبدا صغيرا ابن عشر سنين فزوجه من مطلقته فجامعها ثم ملكها اياه فقبلت انفسخ النكاح وحلت للزوج **قوله** وفسره اي فسر الصبي المراهق في الجامع فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع وفي المنافع المراهق الداني من البلوغ وقيل الذي تتحرك آلته ويشتهي الجماع وفي فوائد شمس الائمة انه مقدر بعشر سنين ولا يخفى ما اسلفناه في باب الاولياء والاكفاء من اشتراط الزوج كفؤا على رواية الحسن عن ابي حنيفة اذا كانت زوجت نفسها منه وهو قول ابي يوسف وهو المختار للفتوى في زماننا على هذه الرواية لو زوجت الحرة نفسها عبدا لا تحل للاول بدخوله **قوله** ووطء المولى لا يحلها لزوجها لما قدمناه من ان غاية الحرمة نكاح الزوج وليس المولى بزوجها **قوله** واذا تزوجها بشرط التحليل بان يقول تزوجتك على ان احللك له او تقول هي فمكروه كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له اما لو نوياه ولم يقولاه فلا عبرة به ويكون الرجل مأجورا لقصده الاصلاح والحديث المذكور روي من حديث ابن مسعود وعلي وجابر وعقبة بن عامر وابي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم اجمعين والتوثيق عن بعضهم يكفينا فعن ابن مسعود رواه الترمذي والنسائي من غير وجه قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له وصححه الترمذي وحديث عقبة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الا اخبركم بالتيس المستعار قالوا بلى يا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له رواه ابن ماجه قال عبد الحق اسناده حسن وقال الترمذي في علله الكبرى الليث بن سعد ما اراه سمع من مشرح بن هاعان لا اروي عنه ودفع بان قوله في الاسناد قال لي ابو مصعب مشرح يرد ذلك ورواه الدارقطني متصلا عن ابي صالح كاتب الليث عن الليث به ولذلك حسنه عبد الحق فانه رواه من جهة الدارقطني والا فالحديث صحيح عند ابن ماجه لان شيخ ابن ماجه يحيى بن عثمان ذكره

وهذا هو محمل ان طلقها بعد وطيها حلت للاول لوجود الدخول في النكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف رح انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الاول لفساده وعن محمد رح انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلث كما يهدم الثلث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يهدم ما دون الثلث

ابن يونس في تاريخ المصريين يثني عليه بالعلم والضبط وابوه عثمان بن صالح المصري ثقة اخرج له البخاري مشرح (ثم شرع) ابن القطان ثم نقل عن ابن معين انه وثقه والعلة التي ذكرها ابن ابي حاتم لم يرتضها ابن القطان لا غير وقال الزيلعي في التخريج المصنف استدل بهذا الحديث على كراهة النكاح المشروط به التحليل وظاهره التحريم كما هو مذهب احمد لكن يقال لما سماه محللا دل على صحة النكاح لان المحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسدا لما سماه محللا انتهى ويكابر انه اعتراض ثم جواب اما الاعتراض فمنشأه عدم معرفة اصطلاح اصحابنا وذلك انهم لا يطلقون اسم الحرام الا على ما ثبت بقطعي فاذا ثبت بظني يكرهونه وهو مع ذلك سبب للعقاب واما الجواب فكلامه فيه يقتضي تلازم الحرمة والفساد وليس كذلك اذ قد يحكم بالصحة مع لزوم الاثم في العبادات فضلا من غيرها خصوصا على ما يعطي كلامه من تسمية المثبت الثابت يعني حرا قوله هذا اي المحلل الشارط هو محمل الحديث لان عمومه وهو المحلل مطلقا غير مراد اجماعا والا شمل المتزوج تزويج رغبة قوله لانه في معنى الموقت والموقت في معنى المتعة وهو المتعة على ما حققناه فيفسد فلا كلام وتسميته محللا لا يستلزم الحل لجواز كونه باعتبار كونه شارطا وطالبا للحل ولانه ملعون وعقد النكاح نعمة ولو كان صحيحا لم يلعن عليه ويؤيده ما في مستدرك الحاكم جاء رجل الى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها اخ له ليحلها لاخيه هل تحل للاول قال لا الا نكاح رغبة كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وصححه قلنا كونه في معنى الموقت ممنوع او تعيين نهاية العمل لا يستلزم تعيين وقته لان الوطي قد يكون في ليلة الخلوة وبعد جمعة او شهر فلا توقيت صريح ولا معنى وحقيقة المحلل مثبت الحل لا من قام به مجرد طلبه واللعنة على ما اعتبره من الوجه الممنوع وقول ابن عمر لم يرفعه حتى يعارض الحديث وقوله كنا نعده سفاحا لا يستلزم انهم كانوا لا يحكمون بحلها للاول لصدقه مع ثبوت الحرمة قوله لانه استعجل حاصله ان المفسد هو التوقيت وهو منتف لانه ليس توقيتا والموضوع هو حلها لا يتخلف الا باستعجاله بطريق محظور كقاتل المورث لنا ان هذا القياس معارض للنص وهو قوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحل كان ثابتا شرعا منه بنكاح زوج فعند وجود الغاية ينتهي المنع المغيا فيثبت ما كان ثابتا البتة فحيث حكم بصحة النكاح مع الدخول لزم الحل للاول البتة ومن الحيل اذا خافت ان لا يطلقها المحلل ان تقول زوجتك نفسي على ان امري بيدي اطلق نفسي كلما اريد فاذا قبل على هذا جاز النكاح وصار الامر في يدها وهذا بناء على ما عليه العامة ان شرط التحليل يبطل ويصح النكاح وذهب بعضهم الى انه يصح الشرط ايضا حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه نقل عن ابي حنيفة رح في روضة الزندويسي فذكر عمدة الامام في غاية الرواية فلا ينبغي ان يعول عليه ولا الحكم به لانه بعد كونه ضعيف الثبوت ينبو عنه قواعد المذهب لانه لا شك انه شرط في النكاح لا يقتضيه العقد والعقود في مثله على قسمين منها ما يفسد العقد كالبيع ونحوه ومنها ما يبطل هو فيه الشرط ويصح الاصل ولا شك ان النكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح هو فيجب بطلان هذا وان لا يجبر على الطلاق ثم يكره بالشرط كما تقدم من محمل الحديث بقي ما اذا نوياه وقصد التحليل بلا كراهة واسنده السروجي من ان الثابت عادة كالثابت نصا في غير محل كلامهم لانه لا يلزم من قصد الزوج ذلك ان يكون معروفا بين الناس انما ذلك فيمن نصب نفسه لذلك وصار مشتهرا به وهنا قول آخر وهو انه مأجور وان شرط لقصد الاصلاح وتأويل اللعن عنده اذا شرط الاجر على ذلك ولولا ما ذكرنا من قول ابن عمر كنا نعده سفاحا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لكان حملا من سؤال عن واقعة حال لمفردة لشخص لا يمكن ان يقال ان مقتضى اللفظ ان تعلق اللعن به اذا اكثر منه ذلك بان نصب نفسه لهذا الامر شرطا ولا لان المحلل من فعل بتشديد العين وهو للتكثير في فعل الفاعل او المفعول فلو اريد تعليق اللعن به مرة اذا شرط لقال المحل من احلها بهمزة التعدية لكن حديث ابن عمر قصرف عن هذا فيكون من حجة قصر اللعن وان لم يكن فيه تكثير قوله ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين يعني اذا كان دخل بها ولو لم يدخل لا يهدم بالاتفاق وتقييده في صورة المسألة بالحرة لو صنعها في الامة لو طلقها طلقة لهدم الطلقة والطلقتين لا يتحقق في الامة الا وهو طلقة واحدة لانه لا يهدم في الامة اصلا قوله وقال محمد لا يهدم والمسألة مختلفة بين الصحابة فروى محمد عن ابي حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن سعيد بن جبير قال كنت جالسا عند عبد الله بن عتبة بن مسعود اذ جاء اعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة او تطليقتين ثم انقضت

لأنه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولنا قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل وإذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج أن يصدقها إذا كان في غالب ظنه أنها صادقة

عدتها فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم مات عنها أو طلقها ثم انقضت عدتها وأراد الأول أن يتزوجها على كم هي عنده فالتفت إلى ابن عباس وقال ما تقول في هذا قال يهدم الزوج الثاني الواحدة والثنتين والثلث وسل ابن عمر قال فلقيت ابن عمر فقال مثل ما قال ابن عباس وروى البيهقي من طريق الشافعي وبسنده عن عمر نحوه قال هي عندي على ما بقي ونحوه عن علي ونقل عن أبي بن كعب وعمران بن الحصين فأخذ المشايخ من الفقهاء بقول شبان الصحابة وشبان الفقهاء بقول شيوخ الصحابة والترجيح بالوجه قوله (لأنه غاية للحرمة) أي لأن الزوج غاية للحرمة الثابتة بقوله تعالى فلا تحل له أي مطلقا لا بنكاح ولا بملك يمين حتى تنكح زوجا غيره فيكون أي الزوج منهيا للحرمة ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت أي ثبوتها فاللام بدل من الإضافة ولا ثبوت لها إلا بعد الثلث فلا يكون منهيا قبلها فصار كما لو تزوجها قبل التزوج أو قبل إصابة الزوج الثاني حيث تعود بما بقي من التطليقات قلنا قد علمنا بالنص جعله منهيا للحرمة في صورة الغليظة لكن ثبت له وصف آخر بنص آخر وهو إثبات الحل مطلقا فلنا به حكمان الحل وهو الحديث المذكور آنفا وجه الاستدلال أنه سماه محللا وحقيقته مثبت الحل كالمحرم والمسود والمبيض وغيرها مثبت الحرمة والسواد ونحو ذلك فإن قلت تقدم آنفا أن محمل الحديث اشتراط الحل للعلم قطعا أنه من حيث هو مثبت للحل ليس متعلق اللعنة وإلا لتعلقت بالمتزوج تزويج رغبة فلابد من كون متعلق اللعنة على ما قالوا شارط الحل فلا يكون فيه دليل على أنه مثبت للحل الجديد مطلقا لأنه لم يرد المحلل مثبت الحل بل شارطه قيل لا شك أن الزوج يثبت به الحل وهو المراد من مثبت الحل فالمتزوج لما هو مثبت الحل إذا شرط الحل فلا يكون شارط الحل مرادا بلفظه من التركيب المذكور بل كله مفهوم فيصح دليل على أن الزوج مثبت الحل وتعليق اللعنة به إذا شرطه غير ما قدمنا والحاصل أن المراد من قوله المعرفيما تقدم وهو محمل الحديث أن محل اللعنة المحلل إذا شرطه لأن المراد بالمحلل في لفظ الحديث هو الشارط للحل إنما هو لابد من كونه مثبتا له نعم يرد عليه ما قيل إنه إنما جعل محللا في صورة الحرمة الغليظة فلا يلزم ثبوته في غيرها وأجيب بأنه يثبت بها في غيرها بدلالة لأنه لما كان محللا في الغليظة في الخفيفة أولى لا أنه بالقياس عليه في صورة الحرمة الغليظة بجامع مع كونه زوجا لأن صورة الحرمة الغليظة محل والمحل لا يدخل في التعليل لأنه لو دخل لانسد باب القياس لأن محل الأصل غير محل الفرع وأورد عليه أن ذلك حيث يمكن وهو لا يمكن هنا لأن الحل ثابت فيه وتحصيل الحاصل محال وأجيب بأنه لا يقبل المحل أصل الحل يقبل ثبوت وصف الكمال فيه بأن يصير بحيث يملك تجديده بعد الطلقة والطلقتين ثم احتاج سببا للأصل الذي صلح سببا للوصف بالطريق الأولى وفيه نظر إذ غاية ما تحقق من الشارع تسميته محللا ومفهومه لا يزيد على أنه يثبت بجهة الحل وهو حاصل في المتنازع فيه كون الحل على الوجه المذكور ليس من مفهومه وثبوته كذلك في صورة الحرمة الغليظة ليس بل باتفاق الحال وهو أنه محل يبتدى فيه الحال استيفاء الزوج وله من الطلقات قبله حيث ابتداء ثبوت الحل كان بملك ثلث فظهر أن القول ما قاله محمد وباقي الأئمة الثلاثة ولقد صدق قول صاحب الأسرار مسألة يخالف فيها كبار الصحابة من يعرف فقهها يصعب الخروج منها وقد يستدل على المطلوب بحديث العسيلة حيث قال صلى الله عليه وسلم أتريدين أن تعودي إلى رفاعة قالت نعم قال لا حتى تذوقي من عسيلته فيفيد عدم العود بالذوق فعنده ينتهي عدمه ويثبت هو العود وهو الرجوع إلى الحالة الأولى وهي يملك فيها الزوج ثلث تطليقات وليس بشيء لصدق حقيقته قبل الزوج الثاني لو قال بعد الطلقة والطلقتين بلا تخلل زوج أتريدين أن تعودي إلى فلان صدق حقيقة وإن كان العود لا إلى ما يملك ثلثا فإن الأصل أن العود إلى عين الحالة الأولى محال فالمراد العود إلى شبهها وذلك يصدق بمجرد ملك التحلل وبالحل الانتفاء انتهى لعموم جهة التشبيه قوله (فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي) في النهاية إنما ذكر الخيار تماما لكن أصل الخبر لأنها لو قالت حللت لك فتزوجها ثم قالت لم يكن الثاني دخل بي إن كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق وإلا تصدق وفيما ذكرته مبسوطا لا تصدق في كل حال وعن السرخسي لا يحل له أن يتزوجها حتى يستفسرها لاختلاف بين الناس في حلها بمجرد العقد وفي التفاريق لو تزوجها ولم يسألها ثم قالت تزوجت ما دخل بي صدقت وإن لا أعلم ذلك لأنها من تهابها واستشكل بأن إقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته فكانت متناقضة فينبغي أن لا يقبل منها كما لو قالت بعد التزوج بها كانت مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو منكوحة الغير أو مرادي

لانه معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة

انتهى بغير شهود وذكره في الجامع الكبير وغيره بخلاف قولها لم تنقض عدتي لو قال الزوج لها ذلك وكذبته تقع الفرقة كانه طلقها ولذا يجب عليه نصف المهر
المسمى او كماله انتهى من قاضيخان ثم رأيت في الخلاصة ما يوافق الاشكال المذكور قال في الفتاوى في باب الياء لو قالت بعد ما تزوجها الاول ما تزوجت بآخر
وقال الزوج تزوجت بآخر ودخل بك لا تصدق المرأة انتهى ولو قال الزوج الثاني النكاح وقع فاسدا لاني جامعتها ان صدقت المرأة لا تحل للزوج الاول
وان كذبته تحل كذا اجاب القاضي الامام ولو قالت دخل بي الثاني والثاني منكر فالمعتبر قولها وكذا على العكس وفي النهاية ولم يدخل بي لو قال المحلل بعد الدخول كنت
حلفت بطلاقها ان تزوجتها لا تحل للاول قلت وينبغي ان الامر على غالب ظنها ان كان صادقا عندها فلا تحل له وان كان كاذبا تحل وفي الفضلي لو قالت
تزوجني فاني تزوجت غيرك وانقضت عدتي فتزوجها ثم قالت ما تزوجت صدقت الا ان يكون اقرت بدخول الثاني كانه والله اعلم يحمل قولها تزوجت على العقد
وقولها ما تزوجت على معنى ما دخل بي لا على انكار ما اعترفت به ولذا قال الا ان تكون المرأة اقرت بدخول الثاني فانه لم يقبل قولها فانها حينئذ تكون مناقضة صريحة
وسئل نجم الدين النسفي عن رجل حلف بطلاق الثلث وظن انه لم يحنث فافتت المرأة بوقوع الثلث بشهادة ان اعلمته بذلك ان ينكر ليمانا تستحل منه ما يفعا
مستغرقا مرة واذا حضر تجديد العقد قال نعم ديانة **قوله** لانها معاملة اي شرعا وان كان مرجعه هو النكاح ذكر السيد الشريف خبره وفي غير نسخة لانه على الاصل وقول الواحد
فيها مقبول كالوكالات والمضاربات والاذن في التجارات وكذا يقبل قول الامارة والعبد في الهدية **قوله** وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله اي ان تصدق لها
اذ التوقع في طلبه صدقها شرعا باحتمال المدة ذلك **قوله** وسنبينها في باب العدة قال في النهاية وقعت الحوالة غير رابحة لانه لم يذكرها في العدة ولا في غيرها واجاب بعضهم
بانه لم يقل في العدة من هذا الكتاب فيمكن ان يكون مراده في عدة غير هذا الكتاب وشمل هذا ما يقضي العجب من تسطيره في الاوراق ممن هو من اهل العلم فلا توفيق الا بالله
واذا لم يقع بيانها في الكتاب فنبين تعيينها في الشرح فنذكر شيئا من الخلاف المختلف في اقل ما تصدق فيه اذا ادعت انقضاء العدة بالاقراء فقال ابو حنيفة لا تصدق
في اقل من ستين يوما اذا كانت حرة وقالا اقلها تسعة وثلاثون يوما قال شريح لو ادعت ثلاث حيض في شهر وجاءت بالبينة من النساء العدول من بطانة اهلها انها رأت
الحيض وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها قال علي رضي الله عنه قالون ومعناه بالرومية احسنت وعند الشافعي انها اثنان وثلاثون يوما ولحظتان بان يقع الطلاق في الطهر ثم بعده لحظة
الدم تبقى في الحيض يوما وليلة ثم طهر خمسة عشر يوما فيه ابو عبيد ان كان لها اقراء معلومة يعرف بها بطانة اهلها تصدق على شهر والا لا تصدق
اقل من ثلاثة اشهر وقال الحنابلة تسعة وعشرون ان قلنا اقل الطهر ثلاثة عشر وان قلنا خمسة عشر يوما واربعة ايام فتسعة وثلاثين وما الحسن في قول الشيخ ابي عصمة
وجه الاول للغالب ان الشهر الواحد لا يشتمل على اكثر من حيضة واحدة وطهر فتكذبها العادة واذا اخبرت بما ينبئه المكذب عادة كالمكذب حقيقة الا ترى ان لو ادعت انقضاء العدة
بالوضع بعد يوم لا تصدق وان احتمل صدقها بان تكون حاملا من قبل فان الله سبحانه وتعالى لما اقام الاشهر مقام الاقراء في الآيسة والصغيرة قدر العدة
بثلاثة اشهر فقال واللائي يئسن من المحيض الى قوله تعالى فعدتهن ثلاثة اشهر بخلاف ما اذا شهدت بما دون المدة فانه ثبت ان هذا من النادر والمذكور في وجه
ابي حنيفة رواية ابن قوله سحنون من مطولين فان ابا يوسف هذا ينبه ان المعدل عن قول ابي حنيفة رحمه الله بتخريجه على قول محمد ان يجعل اقل مدة الطهر
لتفاديا من الطلاق عقيب الحيض فيحتاج الى ثلاثة اطهار بخمسة واربعين كل طهر بخمسة عشر وثلاث حيض بخمسة عشر كل حيضة بخمسة فهذا هو الذي يعتمد قول الحسن بن
زياد ان يجعل الطلاق في آخر الطهر تقليلا للمدة فيحتاج الى ثلاث حيض ثلاثين يوما اعتبارا للاكثر وطهرين بثلاثين ثم يحتاج الى ستين في حق الزوج الثاني
او زيادة طهر ستة عشر يوما وعلى هذا لو كانت امة فاقل ما تصدق فيه ستة وثلاثون طهر بخمسة عشر وهو الفاصل بين الحيضتين وحيضتان بعشرين وعلى تخريج محمد
اعتبار الطهر الذي وقع الطلاق في اوله احدى وثلاثون حيضتان بعشرة وتخريج قولها ان يجعل الطلاق في آخر الطهر فطهران بثلاثين ثلث حيض بستة ايام قبل الطهر

باب الايلاء

واذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الآية فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه

ثم تحتاج الى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت امة فاقل ما تصدق فيه احد وعشرون يوما حيضتان لستة وطهر خمسة عشر يوما وعشرة للثاني وزيادة طهر يعني لو جاءت بالمدتين للمطلق ثلاثا تريد ان تتزوجها لا يجوز حتى تحتسب مع المدتين طهرا آخر في كل تخريج جعل الزوج فيه مطلقا في آخر الطهر لان الزوج الثاني اذا جعل مطلقا في آخره والغرض ان عدة الاولى انقضت باول الطهر لزم ما قلنا ولو كان علق طلاقها الثلاث بالولادة فولدت لم تصدق في اقل من خمسة وثمانين يوما في قوله على تخريج محمد وعلى تخريج الحسن لم تصدق في اقل من مائة يوم احتسابا للنفاس خمسة وعشرين ثم طهر خمسة عشر ثم ثلث حيض وطهران بستين وهذا لان المرئي في مدة النفاس لا يكون حيضا بل بعده ويكون ما بعده حيضا موقوف على ما تقدم طهر تام وهو ما قلنا هذا في حق الزوج الاول ثم تحتاج في الثاني الى ستين على ما سمعت على التخريجين وعند ابي يوسف تصدق في حق الاول في خمسة وستين يوما لان نفاسها يقدر باحد عشر يوما عنده لان مدته اكثر من مدة الحيض فيقدر باكثر من اكثره بيوم ثم بعد هذا ثلاث حيض وثلاثة اطهار تحتاج في حق الثاني الى ثلث وثلاثين ايضا وعند محمد تصدق في اربعة وخمسين يوما وساعة لانه لا غاية لاقل النفاس فاذا قالت كان ساعة صدقت ثم الطهر بعده خمسة عشر ثم ثلث حيض وطهران وتحتاج في حق الزوج الثاني الى اربعة وخمسين يوما ثلث حيض وثلاثة اطهار هذا في حق الحرة واما في حق الامة فتخرجه على المذهب غير خاف والله الموفق

باب الايلاء تحريم الزوجة باربعة طرق الطلاق والايلاء واللعان والظهار فبدأ بالطلاق لانه الاصل والمباح في وقته ثم اولاه الايلاء لانه اقرب اليه في الاباحة لانه من حيث هو يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطء والتحقيق ان تحريمها ليس الا بالطلاق في الحال او الى انقضاء العدة غير ان ثبوته باسباب الفصل لا انها منها الابتداء تنجيزا او تعليقا فقدم ثم اولى الايلاء لانه لا يلزمه المعصية اذ قد يكون برضاها لخوف غيل على ولد او عدم موافقة مزاجها ونحوه فيتفقان عليه لقطع لجاج نفس بخلاف الظهار واللعان فانهما لا ينفكان عن المعصية ولهذا قدم عليهما الخلع لانه ايضا لا يستلزمها لجواز ان تسأله لا للنشوز بل لقصد التخلي للعبادة او لعجز عن اداء حقوق الزوج والقيام باموره واما تقدم الايلاء عليه مع اشتراكهما في عدم استلزام المعصية والانفكاك منها فلاختصاصه هو بزيادة تسمية المال فهو منه بمنزلة المركب من المفرد والايلاء لغة اليمين والالية والالوة قال قليل الالايا حافظ ليمينه وان بدت منه الالية برت وفعله آلى يولي ايلاء كتصريف اعطى في الشرع هو اليمين على ترك قربان المنكوحة اربعة اشهر فصاعدا ابدا او تعليق ما يستشقه على القربان وهو اولى من قول الكنز الحلف على ترك قربانها اربعة اشهر لان مجرد الحلف تحقق في نحو ان وطئتك فلله علي ان اصلي ركعتين او اغزو ولا يكون بذلك موليا لانه ليس مما يشق في نفسه وان تعلق استحقاقه بما من شأنه في النفس من الجبن والكسل بخلاف ان وطئتك فعلي حج او صيام او صدقة فالمولى من لا يخلو عن احد المكروهين من الطلاق او لزوم ما يشق عليه وهو اولى من قولهم من لا يخلو عن احد المكروهين من الطلاق والكفارة لقصوره عن نحو ان قربتك فعبده حر او فلانة طالق واما ركنه فهو الحلف المذكور وشرطه محلية المرأة والاهلية والمدة عدم النقص عن اربعة اشهر والاول بالزوجية والثاني باهلية الطلاق عنده وعندهما باهلية الكفارة فيصح ايلاء الذمي عنده بما فيه كفارة نحو والله لا اقربك فان قربها لا يلزمه كفارة وان مضت لم يقربها بانت بتطليقة ولا يصح عندهما الا ان آلى بما هو قربة كان قربتك فعلي حج او صلاة او صوم فلا يصح اتفاقا ولو آلى بما ليس قربة كان قربتك فعبدي حر ونحوه صح اتفاقا وحكمه لزوم الكفارة او الجزاء المعلق بتقدير الحنث بالقربان ووقوع طلقة بائنة بتقدير البر والفاظه صريح وكناية فالصريح نحو والله لا اجامعك لا اطأك لا اغتسل منك من جنابة فلو ادعى انه لم يعن الجماع لم يدين في القضاء والكناية نحو لا امسك لا آتيك لا اغشاك لا المسك لا يجمعنك لا اسوءنك لا ادخل عليك لا اجمع رأسي ورأسك لا اضاجعك لا اقرب فراشك فلا يكون ايلاء بلا نية ويدين في القضاء وقيل الصريح لفظان لا اجامعك لا انيكك وهذه كنايات تجري مجرى الصريح والاولى الاول لان الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة او مجازا لا بالحقيقة والا وجب كون الصريح لفظا واحدا وهو ثاني ما ذكره وفي البدائع الافتضاض في البكر يجري مجرى الصريح والباقي كناية وكذا لا ابيت معك في فراش ويخالفه ما في المنتقى لا انام معك ايلاء

ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها
حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي رح لا تبين بتفريق القاضي

بلا نية وكذا لا امس فرجي فرجك في الذخيرة وفي جوامع الفقه ما يخالفه قال في لا امس جلدي جلدك لا يصير موليا لانه يمكن ان يلف ذكره
بشيء وفي المرغيناني في يحنث بمس الفرج دون الجلد فليس بمول قيل فيه بعد وهو حق لان الغرض كون الجماع هو المراد ولذا كان كناية
مفتقرة الى النية وهو فرع ان يراد به ذلك فلا يحنث الا بالجماع فيكون موليا وفي التحفة لو قال انا منك مول فان عنى الخبر كذبا فليس بمول
فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر لان هذا ايجاب في الشرح فان عنى به الايجاب فهو مول في القضاء وفيما بينه وبين
الله تعالى لانه اوجب الايلاء بهذا اللفظ ولو قال انت علي مثل امرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته فان نوى الايلاء كان موليا لان تشبيهها
في اليمين وان لم ينو اليمين ولا التحريم لا يكون موليا ولقائل ان يقول الايلاء الحلف الى آخره وقوله انت علي مثل امرأة فلان او انا مول ليس فيه
صيغة حلف انشائية ولا تعليقية لان معنى الحلف قوله والله لا اقربك ونحوه او ان قربتك وليس قوله انت مثلها اياه ولا احتمالا لوجوه الغرض مدد
بوجوده سابقا ولاحقا الا ان هذا جواب الرواية صرح به الحاكم ابو الفضل في مختصره وفيه لو آلى من امرأته ثم قال لاخرى اشركتك في ايلاء هذه كان
باطلا ولو قال ان قربتك فعلي يمين او كفارة يمين فهو مول والجواب ان قوله انا منك مول معناه انا منك حالف ومعلوم انعقاد اليمين بقوله انا
فقد كما ينعقد بقوله احلف بالله فينعقد بقوله انا حالف كذا التشبيه المذكور يؤل اليه ولو قال لا اوطئك في الدبر وفيما دون الفرج لم يصر موليا فان قال
ولو قال لا جامعتك الا جماع سوء سئل عن نيته فان قال اردت الوطء في الدبر صار موليا وان قال اردت جماعا ضعيفا لا يزيد على التقاء الختانين فليس بمول
وكذا ان لم تكن له نية وان قال اردت دون ذلك فهو مول **قوله** لزمته الكفارة وليس حكم المولي مطلقا على تقدير الحنث بل حكم هذا المولي المذكور في قوله
اذا قال الرجل والله لا اقربك الى آخره لا ستغراقه المولى الا ان يكون حكم الكفارة بذلك التقدير قال الشافعي رح في القديم لا كفارة في خصوص هذا الحنث اذ وعد تعالى
بعد المغفرة بتقدير الفيء والمراد الجماع لانه في الاصل الرجوع وبالجماع يتحقق الرجوع عن ذلك الترك قال الله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم وقوله تعالى
لقولنا الا ان وعد المغفرة بسبب الفيئة التي هي مثل التوبة لا ينافي الزام الكفارة بل ثابت في الشرع انفكاك التلازم بين هذين الحكمين الدنيوي والاخروي
اعني المغفرة وسقوط الكفارة وثبوت احدهما مع تعيين الآخر ثبت في كل حلف على معصية اذا حنث الحالف فيها وتاب فان التوبة تثبت مع عدم سقوط الكفارة
فيها اتفاقا والاطلاق قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية وقال صلى الله عليه وسلم في الصحيح من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن
يمينه ثم ليأت الذي هو خير وهو قول الاربعة والجمهور وقال الحسن لا كفارة عليه وقال قتادة خالف الحسن الناس **قوله** وسقط الايلاء باجماع العلماء على معنى ان لو
اربعة اشهر لا يقع طلاق آخر لان اليمين تنحل بالحنث **قوله** وقال الشافعي رح تبين بتفريق القاضي لم يقل الشافعي رح تبين بل قال يقع رجعيا سواء طلق الزوج
بنفسه او الحاكم وبه قال مالك واحمد وهو وجه بان الواقع طلاق والطلاق يعقب الرجعة الا الثالثة بالنص والجواب منع كلية الكبرى وتقدم
وجهه وهو في الكنايات غير انه يستدعي سببا والسبب هنا انه وقع للتخليص من الظلم والرجعي لا يفيد ذلك لانه بسبيل من ان يراجعها اذا عنت
ويعيد الايلاء فتعين البائن لتملك نفسها وتزول سلطنته عليها جزاء لظلمه مع وجود الآثار في ذلك كما نقف على تمامها باثباته ثم الخلاف
في موضعين احدهما ان الفيء عنده يكون قبل مضي المدة ويكون بعدها وعند مضيها توقف الى ان يفيء او يطلق لقوله تعالى فان فاؤا والفاء للتعقيب
فاقتضى جواب الفيء بعد المدة وعندنا الفيء في المدة لا غير والجواب ان الفاء للتعقيب المعنى في الزمان في عطف المفرد كجاء زيد فعمرو وتدخل الى التفصيل
بعد ما قبلها وغيره فان كانت الاول كقوله تعالى فقد سألوا موسى اكبر من ذلك فقالوا ارنا الله جهرة ونادى نوح ربه فقال رب ان ابني من اهلي ونحو توضأ

لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة وقلنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم اجمعين

تفصيل لما يترتب عليه مع ما فيه من تعقيب التعقيب الذكري بان ذكر التفصيل بعد الاجمال وان كانت لغيره فكالاول كما في قوله تعالى ونادى نوح ربه فقال رب ان ابني من اهلي وكل من التعقيبين جائز الارادة في الآية المعنوي بالنسبة الى الايلاء فان فاؤا اي بعد الايلاء والذكري فانه لما ذكر تعالى ان لهم من نسائهم ان يتربصوا اربعة اشهر من غير مؤاخذة في عدم الوطء كان موضع تفصيل الحال في الامرين فقوله تعالى فان فاؤا الى قوله سميع عليم واقع لهذا الغرض فيصح كون المراد فان فاؤا اي رجعوا عما استمروا عليه من عدم الوطء في المدة تعقيبا على الايلاء التعقيب الذكري او بعدها تعقيبا على التربص فان الله غفور رحيم لما حدث منهم من اليمين على الظلم وعقد القلب على ذلك بسبب الفيئة التي هي توبة او غفور للحنث في اليمين ان كان برضاها الغرض تحصين ولدها عن الغيل ونحوه رحيم بشرع الكفارة مكافية عنه فتقررنا فاذا قراءة ابن مسعود فان فاؤا فيهن ترجح احد الجائزين وهو كون الفيء في المدة الا باعتبار ان الاصل يوافق القراءة الشاذة بل كانها اذا كانت شاذة تنزل منزلة خبر الواحد وهو اما باعتبار انها تستقل لاثبات كونه في المدة اذ لا تعارض القراءة المشهورة لانها اعم من كونه فيها او بعدها بناء على انها حجة عندنا وان ابى الخصم وهذا الخلاف في المختلف فيه اذا ثبت الاصل ولا شك ان القراءة الشاذة انما نقلها الراوي خبرا عن صاحب الوحي قرآنا فانتفاء القرآنية لعدم الشرط وهو التواتر انتفاء الاخص فان القرآنية اخص من الخبرية وانتفاء الاخص لا يستلزم انتفاء الاعم فدار الامر بين كونها قرآنا او خبرا عن صاحب الوحي وذلك دوران بين الحجية على وجه منهما على وجه آخر لا بين الحجية وعدمها فان قيل حاصل المقام ان الفيء مجوز في المدة ونحن لا ننكر ذلك وانما الكلام في ان له ان يفيء بعدها اذ لم يفئ فيها او لا بمجرد مضيها يقع الطلاق فلا يمكن من الفيء بعدها واستدلاله بالقراءة المذكورة لا تنفيه قلنا ليس كذلك فانه تعالى جعل حكم الايلاء على هذه القراءة ان الفيء في المدة ويثبت الطلاق بتطليقه او تطليق القاضي على الخلاف هذا هو المفاد بقوله تعالى فان فاؤا فيهن فكذا وان عزموا الطلاق فكذا على حرف من التاويل لان الترديد ماخوذ في كل قسم منه نقيض الآخر اي ان عزموا الطلاق فلم يفيئوا فيها وهو لازم فانهم لو فاؤا فيهن لم تبق عزيمة الطلاق فلزم بالضرورة ان لا فيء الا في المدة الثاني ان بمضي المدة تقع الفرقة بينهما طلاقا بائنا وعنده لا يكون التفريق الا بطلاقه او بطلاق القاضي لقوله تعالى وان عزموا الطلاق فلو كان الطلاق يثبت بمجرد مضي المدة لم يتعد العزم عليه والنص يشير الى انه مسموع وهو قوله تعالى فان الله سميع عليم والوجه الذي ذكره المص وحاصله الحاق المولى بالعنين في حكم هو الزامه بالطلاق فان لم يفعل طلق عليه بجامع انه امتنع من الامساك بمعروف فيؤمر بالتسريح باحسان والا كان موقعا من غير ايقاع والجواب قوله لا يتعدى العزم عليه لو وقع بمجرد انقضاء المدة ممنوع بل اذا فرض وقوعه عنده كان عزيمة الطلاق عزمه على الاستمرار على الترك حتى تتم يعني وان عزموا الطلاق وان استمروا على ذلك الترك حتى تنقضي المدة فان الله سميع بما يقارن هذا الترك والاستمرار من المقاولة والمجادلة وحديث النفس كما يسمع وسوسة الشيطان عليهم عما استمروا عليه من الظلم وفيه معنى الوعيد على ذلك وما ذكر في هذا جواب الثاني وعن الاخير بان العنين ليس بظالم فاستحق التخفيف عليه لذا كان اجله اكثر والمولى ظالم بمنع حقها فجازاه بوقوعه بنفس الانقضاء ولا نسلم انه بلا ايقاع بل الزوج بالايلاء موقع فقد كان في الجاهلية تنجيزا فجعله الشارع مؤجلا ونقول جاز ان يحكم بوقوعه عند استمرار ظلمه هذه المدة من غير لفظ الطلاق وهذا لان حقيقة الطلاق ازالة قيد النكاح الثابت شرعا بالنكاح ولفظه انت طالق آلة التي يثبت هو عندها شرعا ولم يقصر الشرع ثبوته على اللفظ الا يرى انه حكم بثبوته عند كتابته على ما تقدم وليست الكتابة لفظا فلا بعد ان يحكم به عند ظلمه بمنعها حقها هذه المدة لا يقال كيف يكون هذا الا بذلك وهو هو طلقة واحدة لا يملك عليه القاضي والايلاء بغير لفظ لانا نقول ذلك في الحكم اما في الديانة فيما بينه وبين الله تعالى فعليه ان يجامعها احيانا ليعفها فان ابى كان عاصيا والنصوص من السنة والآثار تفيد ذلك لكن بقي ان يقال هذا كله تجويز لوقوعه كذلك ونحن نقول بجوازه ولكن الكلام فيما هو الثابت بمقتضى الدليل وهو ما ظاهر الآية والاحاديث

وكذا في ثمنه ... ولأنه كان طلاقاً في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة
فإن كان حلف على أربعة أشهر فقد سقطت اليمين لأنها كانت موقتة به

[illegible]

فيما كون العزم على الطلاق هو المنفي الحقيقي فلم يكن للطلاق ... والجواب أن قراءة ابن مسعود ... فإن فاؤوا فيهن فإن الله غفور رحيم ... لا يحكم
بالعدد ... تثبت في محله ... الآية فقوله فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم وإن عزموا الطلاق بعد التربص ... على
العزم حيث قال ... وإن عزموا الطلاق ... لأنه استدلال بنص عن الربع
كأنه قال ... بالنص ... أخرج ... عن علي وابن مسعود ... الدارقطني عن
أبي بكر ... قال ... أحمد بن حنبل حديث ... عن عثمان ... فقال ... هو ... عن
... سعيد بن المسيب ... عن عثمان ... عن أبي ... عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه كان
يقول في الرجل يولي من امرأته لم يقع عليه الطلاق وإن مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف فيطلق أو يفيء ... البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان
يقول في الإيلاء الذي سمى الله تعالى لا يحل لأحد بعد الأجل إلا أن يمسك بالمعروف أو يعزم بالطلاق كما أمر الله تعالى وقال لي إسماعيل
بن أبي أويس حدثني مالك عن نافع عن ابن عمر قال إذا مضت أربعة أشهر يوقف حتى يطلق ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق انتهى وقال الشافعي أخبرنا سفيان
عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار قال أدركت بضعة عشر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كلهم يقول يوقف المولي وقال فيهم ... سهيل بن أبي صالح عن أبيه
قال سألت اثني عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الرجل يولي قالوا ليس عليه شيء حتى تمضي أربعة أشهر فيوقف فإن فاء وإلا طلق ... عبد
الرزاق أخبرنا معمر عن عطاء الخراساني عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أن عثمان بن عفان وزيد بن ثابت كانا يقولان في الإيلاء إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة واحدة
وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة ... أيضاً ... عن
... عثمان ... وأما الثاني فيما أخرج عبد الرزاق أخبرنا معمر عن قتادة أن علياً وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالوا إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة
وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة ... محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم مرسلة ... قتادة ... ولد
قتادة سنة ستين ... عشرة ... اختلاف الأقوال ... ستة عشر ... وقيل
خمس عشرة وقيل ... إلى ... المثبت ... قتادة ... الإتقان ... أكثر وأشهر من المثبت ... قال
عبد الرزاق عن معمر قال جاء رجل إلى ابن سيرين فقال رأيت حمامة التقمت لؤلؤة فخرجت منها أعظم مما دخلت ورأيت حمامة أخرى التقمت لؤلؤة فخرجت أصغر مما دخلت
ورأيت أخرى التقمت لؤلؤة فخرجت كما دخلت سواء فقال له ابن سيرين أما التي خرجت أعظم مما دخلت فذاك الحسن يسمع الحديث فيجوده بمنطقه ثم يصل فيه من
مواعظه وأما التي خرجت أصغر فذاك محمد بن سيرين ينتقص منه ويشك فيه وأما التي خرجت كما دخلت فهو قتادة وهو أحفظ الناس ... الحجاج
... وأما الثالث والرابع فيما أخرجه ابن أبي شيبة حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن حبيب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس وابن عمر قالا إذا آلى فلم
يفئ حتى مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة ورجال هذا السند كلهم أخرج لهم الشيخان ... فيتعين ... الأقول ... أن
أصح الحديث ما روي في كتاب البخاري ومسلم ثم ما كان على شرطهما إلى آخر ما عرف ... في كتاب الصلاة أنه تحكم محض ... العزم ... على
على ... الصحة عندهما ... لم يكن ... ولا ... قول البخاري أصح الأسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر
... وقال المحققون أن ذلك ... إنما يمكن ... صحابي ... ابن عمر مالك عن نافع

(وإن كان حلف على الأبد فاليمين باقية لأنها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فإن تزوجها عاد الإيلاء فإن وطئها وإلا وقعت بمضي أربعة أشهر تطليقة أخرى لأن اليمين باقية لإطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم)

وعن ابي هريرة وعن الزهري حدثنا سعيد بن المسيب عنهم مع اسانيد الشاميين الاوزاعي عن حسان بن عطية عن الصحابة فهو مع اسانيد التابعين عن
من تمام عن ابي هريرة وغيره وبخلاف ذلك واحسن من هذا ايضا الوقوف على تمام هذه فان في خصوص الموارد ما قد يلزم الوقوف عن ذلك كم قد يكون
الراوي ثقة اكثر ملازمة للشيخ من غيره فيعرف ما يروي بحديثه وحفظه له على معنى حاجته باقواله ومتونه والعلم بحاله في تحديثه وعند بلسانه كان ويقيده عنده ما
لا سماع ممن لم يكن له تلك الملازمة الى نحو هذين فرضنا ان غيره ممن هو شبيهه في ملكة النفس من الضبط او ارفع منه فانه وما فاته عليه كما يحافظ على تلك محفوظا
يكون ذلك مقدما عليه في روايته بمعارضته اياه الاصح حكم فان بعد هذا الفرض لم يبق زيادة الآخر الا بالملازمة وانها الذي يزيد به على الآخر انما هو بالنسبة الى
خصوص حديثه بالنسبة الى خصوص من وقع فيما يتعلق بسعيد بن جبير قد روي عن ابن عمر وابن عباس خلافه والرواية الشافعي عن سليمان فحاصله ان قول
جماعة من الصحابة كذلك وكذا ما ذكره سهيل لم يتبين من هم فيجوز كون بعضهم ممن تعارضت عنه الروايات مع اختلاف طبقاتهم في علو الحال في الفقه كما يمكن عن كونه
وكون الذي في جانب خلاف المروي عنهم اتفقوا على مضيها ونحن قد اخرجنا ما قلناه من الاكابر مثل عثمان وعلي فيما على ترجيح اعلى شأنه وكذا عن زيد بن ثابت فهو
لبيق كلهم عن علي وعبد ابن عباس رضي الله عنهم بكتابه عن ركب وقال بكذا امر ان يفعل بعلانيته وكذا عن ابن عباس فما قد مناه وكذا عن عمر بن الخطاب
اخرج الدارقطني عن ابن اسحق حدثني محمد بن مسلم بن شهاب عن سعيد بن المسيب وابي بكر بن عبد الرحمن ان عمر بن الخطاب كان يقول اذا مضت
اربعة اشهر فهي تطليقة وهو املك بردها في عدتها وابن اسحق صرح فيه بالتحديث فاخرج عبد الرزاق ثنا معمر وابن عيينة عن ايوب عن
ابي قلابة قال آلى النعمان من امرأته فكان جالسا عند ابن مسعود فضرب فخذه وقال اذا مضت اربعة اشهر فاعترف بتطليقة اخرج نحوه عن عطاء
وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن المسيب وابي بكر بن عبد الرحمن ومكحول واخرج الدارقطني نحوه عن ابن الحنفية والشعبي والنخعي ومسروق
والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وابي سلمة وهذا ترجيح عام وهو ان كل من قال من الصحابة بالوقوع بالمضي يترجح على قول مخالفه لانه لم
يبق تدبيره كونه محمولا على السماع لانه خلاف ظاهر لفظ الآية فلولا انه مسموع لهم لم يقولوا به على خلافه ومن قال كقولهم لم يظهر في قولهم مثل ذلك
لانهم معه للشاذ دون اللفظ فلا يلزم حمل قولهم على سماع وانه يرجح في هذا من روي عنهم الشافعي من الصحابة وسهيل على انه ليس في اللفظ
المروي عن سهيل حجة لاحد الفريقين اصلا **قوله** وان كان حلف على الابد بان يصرح بلفظ الابد او يطلق فيقول لا اقربك فهو مقتصر الا ان يكون
مانعا اذ ليس المولى حلا لانه ممنوع بالحيض لا بقضاء الشرع وقال والله لا اقربك الى اليمن ولا اقربك حتى تقوم الساعة او حتى يلج الجمل في سم الخياط يكون موليا **قوله**
الا انه لا يتكرر استثناء من لازم قوله فاليمين باقية فيما قبله وهو انه يقع اخرى عند مضي اربعة اشهر اخرى او كانت لم تنقض عدتها
بعد وقال ابو سهل وجليته من المرغيناني لان حاصل اليمين المطلقة كلما مضت اربعة اشهر لم اقربك فيها فانت طالق ولو صرح بذلك
كان الحكم كذلك فكذا اذا صرح بما هو في معناه والمختار قول الكرخي وانه لا يقع الا واحدة وعليه مشى في البدائع وتحفة الفقهاء وشرح الاسبيجابي
لان الايلاء لا يعرف بطلاق حتى يثبت الظلم وقد تحقق في الاولى بالحلف على ترك قربانها حال قيام العصمة فانعقد ايلاء يثبت حكمه من الوقوع عند مضي
الاشهر حيث الطلقة وليس في المبانة حق الوطء فلا ينعقد الايلاء ثانيا ابتداء في حقها فلا يلزم حكم البر فيه بخلاف المولى حال قيام النكاح ثم ابانت
الى آخر ما مضت مدة الايلاء بعد ذلك في العدة حيث تقع الثانية لصحة الايلاء لعقده في حال تحقق ظلمه فيكون ومنع ثبوته تعليق البائن المعلق
لحوق البائن الثابت المتقدم على ما اسلفناه في الاول للنهايات وبهذا ظهر ضعف الجواب من قول ابي سهل انه كقوله كلما مضت اربعة اشهر

ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوج فإن تزوجها ثالثا عاد الإيلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى إن لم يقربها لما بيناه فإن تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاق لتقييده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسألة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لإطلاقها وعدم الحنث فإن وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رضي الله عنهما لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر ولأن الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا أقربك شهرين

بانت بطلقة وذلك لأن قوله والله لا أقربك أربعة أشهر إنما صار بمنزلة قوله إذا مضت أربعة أشهر فأنت طالق إذا انعقد إيلاء شرعيا مستعقبا الحكم من وقوع الطلاق بتقدير البر وانعقاده إيلاء إنما يكون حال كونها محلا لأن ذلك الحكم هو جزاؤه فإذا لم يكن محلا كان مجرد يمين على ترك قربانها وهو أعم من الإيلاء فما يستلزمه فبقي يمينا دون إيلاء فلم يعتبر تربص كلما مضت أربعة أشهر حالة تزوجه لكنه يعتبر عليه حكم اليمين المجردة وهو الكفارة بالوطء كما لو قال للأجنبية والله لا أقربك ثم تزوجها أبطل الإيلاء حتى لو مضت أربعة أشهر لا تطلق ولو وطئها كفر كذا هذا ولذا قلنا إذا تزوجها بعد زوج آخر بعد وقوع الثلاث بواسطة تكرر النكاح في الإيلاء المطلق يلزمه الكفارة لو وطئ وإن لم يقع الطلاق لو مضت المدة دون وطء **قوله** ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوج أطلق في ذلك كما في الكافي وقيده في النهاية والغاية تبعا للتمرتاشي والمرغيناني بما إذا كان التزوج بعد انقضاء العدة فأما إن كان فيها اعتبر ابتداؤه من وقت الطلاق وشمله لو آلى ثم راجعها سواء أتم طلقها بائنة لأن البائن لا يبطل الإيلاء فإن مضت أربعة أشهر في العدة وقعت عليها الطلقة وإن مضت بعد انقضائها لا يقع شيء وإن تزوجها بعد الانقضاء عاد الإيلاء ويعتبر ابتداؤه من التزوج فلا يحتسب بما مضى قبله فلو تزوجها في العدة احتسب كذا في شرح الكنز وهذا لا يستقيم إلا على قول من قال إن الطلاق يتكرر قبل التزوج وقد بينا ضعفه انتهى والأولى اعتبار الإطلاق كما في الهداية **قوله** لتقييده بطلاق هذا الملك لأن الغرض مسألة ما إذا أبانها بالثلاث وإنما يحصل بطلان حل المحلية لا بطلان الحل بعد التزوج بغيره لأنه غالب العدم على ما تقدم في مسألة التنجيز وهو إذا علق طلاقها بالدخول ثلاثا ثم نجز الثلاث فتزوجت بغيره ثم عادت إليه فدخلت لا تطلق خلافا لزفر فهذه فرع تلك وفيه خلاف زفر وكذلك كذا المولى من حيث ثم طلقها ثلاثا بطل الإيلاء حتى لو مضت أربعة أشهر وهي في العدة لم يقع الطلاق خلافا لزفر ولو تزوجها بعد زوج آخر في الإيلاء المؤبد لا يعود الإيلاء خلافا لزفر وإن بانت بالإيلاء مرة أو مرتين فتزوجت بغيره ثم عادت إليه عادت بثلاث تطليقات وتطلق كلما مضى عليها أربعة أشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث وفيه خلاف محمد وهي مبنية على مسألة الهدم وقد مرت **قوله** فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا وقال به الأئمة الأربعة وأكثر العلماء وقالت الظاهرية والنخعي وقتادة وحماد وابن أبي ليلى وإسحاق يصير موليا في قليل المدة وكثيرها فإن تركها أربعة أشهر بانت بطلقة لإطلاق الآية في ذلك فإنه لم يقيد الإيلاء بكونه على أربعة أشهر فصاعدا بل خص بالأربعة مدة التربص وأطلق الحلف وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول به ثم رجع إلى قول ابن عباس رضي الله عنهما لما صح عنده فتواه بخلافه أخرج ابن أبي شيبة حدثنا علي بن مسهر عن سعيد عن عامر الأحول عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال إذا آلى من امرأته شهرا أو شهرين أو ثلاثة ما لم يبلغ الحد فليس بإيلاء وأخرج البيهقي عنه قال كان إيلاء الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك فوقت الله عز وجل أربعة أشهر فإن كان أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء وأخرج ابن أبي شيبة نحوه عن عطاء وطاوس وسعيد بن جبير والشعبي ولا شك أن ظاهر الرواية كقول من قال بأنه إيلاء والمعول عليه في دفعه قول الصحابي وكبار التابعين ممن ذكرنا فإن قول الصحابي في مثله ظاهر في السماع لكن يبقى فيه أنه زيادة على النص إذ هو تقييد لإطلاق الحلف في كونه إيلاء فلا يجوز إلا أن يكون فيه إجماع من الصحابة والمعنى الذي ذكره وهو أن الحكم لا يقتصر على القربان في الأقل إلا شرعيا وهذا ليس كذلك فرع كون أقل المدة أربعة أشهر والخصم لا يقول بقوله إذ قلنا بعدم تقييد المدة المحلوف عليها بها فإثبات كون لا أقل لها أربعة مصادرة **قوله** ولأن الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع إلخ قيل هو مبني على أنه أراد بالأقل من أربعة أشهر شهرا فإنه وضع المسألة في الأصل إذا حلف لا يقربها شهرا أو الأقل من الأربعة لا يستلزم كون الامتناع إلا في بعض المدة مطلقا لا في أكثرها لجواز كون الحلف على ثلاثة أشهر وقيل لفظ الأكثر متروك وجه ذلك تقريب ظاهر وقيل المراد بالأكثر تمام المدة أربعة أشهر سماها أكثر لأنها أكثر من المدة المحلوف عليها إلا أن الإشكال أن المانع غير موجود في جميعها في جميع صور الحلف على أقل من أربعة أشهر واستضعفه في الكافي قال وإنما يصح أن لو قال في أكثر المدتين انتهى ووجهه أن أفعل التفضيل يلزم في إضافته إلى شيء كونه بعضا مما أضيف إليه وكذا امتنع يوسف أحسن إخوته وخواص البشر أفضل الملائكة وليست الأربعة الأشهر التي هي المراد بالأكثر

العدة

متن

وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين

بعض المدة المضاف اليها الا استحالة كون الاربعة بعض ما هو اقل منها فلزم في صحته ان يقول اكثر المدتين يعني المدة المحلوف عليها ومدة الايلاء وهي اربعة اشهر
متساويان والثانية اكثرهما ولا اشكال في انه لو قال في بعض المدة كان احسن والله اعلم **قوله** وشهرين بعد هذين الشهرين الى آخر المسئلة الثانية لفظ بعد
الشهرين ليس قيدا في حكم المسئلة الاولى بل قيد في الثانية فقط ولفظ يوما في الثانية ليس قيدا اذ لا فرق بين مكثه يوما او ساعة وقيل
تكرير اليمين في مجالس ومجالس بينها اقل من يوم يجيء عند ابي حنيفة وابي يوسف فقيد بمكثه يوما ليكون المسئلة اتفاقية وهذا بعيد لان
اثبات المذهب نصوا على ان قوله والله لا افعل كذا والله لا افعل كذا يمينان ولم يحك فيه خلاف وانما حكي في قوله والله والله
لا افعل كذا فذكر ان الظاهر الرواية انهما يمينان وفي نوادر ابن سماعة يمين واحدة وفي المنتقى جعل كونهما يمينين قياسا وكونهما يمينا واحدة استحسانا
وفرع في الدراية في آخر الباب من غير ان يعزوه قال والله لا اقربك مرارا في مجلس واحد تتعدد الكفارة ويتعلق تتابع بعضها
بعضا قياسا قال وهو قول محمد وزفر وواحدة استحسانا وهو قولهما وهو خلاف الاشهر ولو قال في الثانية بعد يوم والله لا اقربك شهرين لم يزد على ذلك
لم يكن موليا ايضا لكن لا لما في الكتاب بل لتداخل المدتين فتتأخر المدة الثانية عن الاولى بيوم واحد او بساعة بحسب ما فصل به بين اليمينين
فالحاصل من حلفيه الحلف على شهرين ويوم او ساعة على حسب الفاصل والاصل في جنس هذه المسائل ان الايلاء يوجب طلاقا في البر وكفارة
في الحنث وانه لا تلازم بين كونه ايلاء ويمينا كما قدمنا فلذلك قد يتعدد البر والحنث وقد يتحدان وقد يتعدد البر ويتحد الحنث وقلبه وتعدد البر
بتعدد المدة لانه يتعدد الايلاء وهو بتعدد الظلم وهو بتعدد مدة المنع وما لم يجب تعددها من اللفظ كانت المدتان متداخلتين وتعدد اليمين بتعدد
اسم الله او تكرار حرف لا داخلة على المدة ومن زاد السكوت لم يحتج اليه لان الاسم الكريم يتكرر بلا سكوت ولو كان
الحلف بغير الاسم الكريم لم يلزم التعدد ومن تعدده في التجريد عن ابي حنيفة رحمه الله اذا حلف بايمان عليه لكل يمين
كفارة والمجلس والمجالس سواء ولو قال عنيت بالثاني الاول لم يستقم في اليمين بالله تعالى ولو حلف بحجة او عمرة يستقيم مثال تعددهما
اذا جاء غد فوالله لا اقربك اذا جاء بعد غد فوالله لا اقربك اما انهما يمينان فلتعدد الذكر واما انهما ايلاءان فلتعدد المدة فان تركها
اربعة اشهر من اليوم الاول بر في الاولى وبانت فاذا مضى يوم آخر بر في الثانية وطلقت ايضا ولو قربها بعد الغد تجب كفارتان
وان لم يطلق لزومهما في الكافي ولو قربها في الغد لزمته كفارة لان الغد لم ينعقد عليه الا يمين واحدة وتعدد الكفارة بتعدد اليمين
ونظيره في النوازل قال والله لا اكلمه يوما والله لا اكلمه شهرا والله لا اكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة ايمان وان كلمه بعد
الغد فعليه يمينان وان كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة فان كلمه بعد سنة فلا شيء عليه ومن تعددهما والله لا اقربك اربعة اشهر والله
لا اقربك اربعة اشهر اخرى بعد هذه الاربعة الاشهر وكذا والله لا اقربك اربعة اشهر وآخرى لا اربعة اشهر اخرى بعد هذه الاربعة الاشهر الا انه
تتعدد وتتعدد المدة بلا تداخل فلا يتصور فيه قربان واحد كفارتان وهذه نظير مسئلة الهداية في عدم تداخل المدتين اعني قوله والله لا اقربك
شهرين ثم بعد يوم والله لا اقربك شهرين بعد هذين الشهرين فانه ليس بايلاء كما ذكر ولكن تتداخل المدتان فلو قربها في الشهرين الاولين
لزمته كفارة واحدة وكذا في الشهرين الاخيرين لانه لم يجتمع على شهرين يمينان بل على كل شهرين يمين واحدة وقد تواردت شروح الهداية
من النهاية ومختصريها وغاية البيان على الخطاء عند كلامهم على هذه المسئلة فاحذره فلو قربها في الاربعة الاولى لزمته كفارة واحدة وكذا

لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة اشهر الا يوما مكث فيه لم تتكامل مدة المنع ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر وهو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحها ولا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر

في الاربعة الثانية ولو كان الطلق فقال والله لا اقربك ثم بعد ساعة فصاعدا قال والله لا اقربك ثم بعد ساعة قال كذلك فقربها بعد اليمين الثالثة لزمه ثلاث كفارات للتداخل في المحلوف عليه ولو لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت بطلقة وعند تمام الثانية وهو ساعة بعد بانت باخرى اذا كانت في العدة وعند تمام الثالثة تبين بثالثة بلا خلاف بخلاف ما مضى في الكتاب في تابيد اليمين فان الايلاآت هناك تنزل متعاقبة بواسطة تابيد اليمين الواحدة فيه الخلاف في انه هل ينعقد الايلاء الثاني في العدة اولا ومن منعه قال لا ابتداء الايلاء الا في حال يكون بالمنع ظالما اما ههنا فالايلاآت الثلاثة صح بها في حال العصمة وهو حال تحقق ظلمه بها فلا يتوقف وقوع الثانية على قيام النكاح ولو كان قال مرتين فقط لم تقع الثالثة الا اذا تزوجها فيقع بحكم تابيد اليمين اذا مضت اربعة اشهر من وقت التزوج ومثال اتحادهما والله لا اقربك اربعة اشهر او لا اقربك شهرين وشهرين وفي الكافي نظيره كلما كلمت واحدا من هذين فوالله لا اقربك فكلمتهما معا وليس للتقييد بذلك فائدة فان بكلمتيهما معا لم تنحل اليمين بل لو كلمت احدهما بعد الآخر يثبت الايلاء فالظاهر كون هذا من صور تعدد اليمين فان علة التعدد فيما بعد هذه بعينها في هذه ومثال تعدد البر واتحاد اليمين كلما دخلت هذه الدار فوالله لا اقربك فدخلتها في يوم ثم في يوم آخر ثم في يوم آخر فان قربها تجب كفارة واحدة وان تركها اربعة اشهر من اليوم الاول بانت بطلقة فاذا مضى يوم آخر بانت باخرى واذا مضى يوم آخر بانت بالثالثة وفي هذا المثال نظر لان الحلف بالله وقع جزاء للشرط المتكرر فيلزم تكرره ولا يشكل بانه لا حلف عند الشرط الثاني والثالث لانه لم يوجد فيه ذكر اسم الله تعالى والا لزم ان لا حلف عند الشرط الاول ايضا ومع ذلك ثبت الحلف عنده ولعله اشتبه بوالله كلما دخلت لا اقربك بكلما دخلت فوالله لا اقربك كذا لو قال كلما دخلت الدار فانت طالق ثلثا ان قربتك يتعدد براه وكلما دخلت انعقدت مدة يقع بمضيها واحدة بائنة ولا يتصور حنثه الا مرة واحدة لتعذر وقوع شيء آخر بعد الثلث ونحوه كلما دخلت فعبدي حر ان قربتك سواء ومثال اتحاد الايلاء وتعدد اليمين اذا جاء غد فوالله لا اقربك ثم قال في المجلس اذا جاء غد فوالله لا اقربك فهو ايلاء واحد في حكم البر حتى لو مضت اربعة اشهر من الغد طلقت وان قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد الاسم وكذا والله لا اقربك اربعة اشهر من غير ان يزيد لفظا آخر او نحوه واعلم ان هذه خلافية وصورتها في الخلافيات لو قال والله لا اقربك والله لا اقربك والله لا اقربك في ثلث مجالس فكل من اليمين والايلاء ثلاثة وان كان في مجلس واحد فان اراد به التكرار فاليمين واحدة والايلاء واحد وان لم ينو شيئا او اراد التشديد والتغليظ وهو الابتداء دون التكرار فالايمان ثلاثة اجماعا والايلاء ثلاثة قياسا وهو قول محمد حتى اذا مضت اربعة اشهر ولم يقربها تبين بطلقة ثم عقيبها تبين باخرى ثم باخرى الا ان يكون غير مدخول بها فلا يقع الا واحدة وان قربها وجب عليه ثلاث كفارات وفي الاستحسان وهو قولهما الايلاء واحد ولا يقع الا واحدة ويجب بالقربان ثلث كفارات لان الشرط الواحد يكفي لايمان كثيرة ولما كانت المدة متحدة كان المنع متحدا فلا يتكرر الايلاء **قوله** لم يكن موليا اي في الحال لانه يكون موليا اذا قربها وبقي بعد يوم القربان اربعة اشهر فصاعدا الى تمام السنة حتى لو تركها بعد ذلك القربان اربعة اشهر وقعت تطليقة **قوله** اعتبارا بالاجارة وهو ما اذا قال اجرتك سنة الا يوما ينصرف اليوم الى آخر السنة وكذا اذا قال في الصورة المذكورة سنة الا نقصان يوم يكون موليا صرفا له الى الآخر وبما اذا اجل الدين **قوله** ويمكنه ههنا لان المستثنى

صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاحرام من الكوفة **قال** ولو حلف بحج او بصوم او بصدقة او بعتق او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبد

يوم منكر فيصدق على كل يوم من ايام تلك السنة حقيقة فيمكنه ان يطأها قبل مضي اربعة اشهر من غير شيء يلزمه اعتبارا لليوم الوطء المستثنى بخلاف ما تأخر عليه فان السنين لكون اليوم المستثنى آخر السنة ليس باللفظ بل لتصحيح الاجارة فانها تبطل بالجهالة وفي الحمل على حقيقته حتى يصير شائعا في السنة لا يتعين مدة الاجارة والنقصان ينصرف الى الاخير وكذا المقصود من تاجيل الدين تاخير المطالبة فتعين بدلالة الحال والذي اشكل الفرق بينه وبين قوله والله لا اكلم زيدا سنة الا يوما ينصرف الى اليوم الاخير وجواب صاحب النهاية بان اليمين للحامل وهو المنافية المقتضية لعدم كلامه من الحال شغلها منظور فيه بانه يشترك الالزام اذ الايلاء ايضا يكون عن المنافية **قوله** صار موليا لسقوط الاستثناء مع ان الباقي من السنة مدة الايلاء ولو طلق بان قال لا اقربك الا يوما لا يكون موليا حتى يقربها فاذا قربها صار موليا ولو قال سنة الا يوما اقربك فيه لا يكون موليا ابدا لانه استثنى كل يوم يقربها فيه لا يكون ممنوعا ابدا وكذا لو اطلق مع هذا الاستثناء واذا قال سنة فمضت اربعة اشهر ولم يقربها فيه فوقعت طلقة ثم تزوجها ومضت اربعة اخرى لم يقربها فيها وقعت اخرى فان تزوجها فمضت اربعة اخرى لا يقع لان الباقي بالضرورة اقل من اربعة اشهر **قوله** ولو قال وهو بالبصرة اذا حلف لا يقربها في مكان معين هي فيه او زمان معين هو في غيره ان كان بينهما قدر اربعة اشهر كان موليا على ما فرع قاضي خان والمرغيناني فانهما قالا لو كان بينهما مسيرة اربعة اشهر فهي باللسان ولم يعتبر امكان خروج كل منهما الى الآخر فيلتقيان في اقل من ذلك وعلى ما في جوامع الفقه يعتبر ان يكون بينهما ثمانية اشهر فانه قال لو كان في بلد وزوجته في بلد فحلف لا يدخله وكان بينهما اقل من ثمانية اشهر لا يصير موليا لجواز انهما يخرجان فيلتقيان في اقل من اربعة اشهر فيقربها وان كان بينهما اقل من ذلك لم يكن موليا عند الائمة الاربعة الا في رواية عن احمد ونحوه قول ابن ابي ليلى فانه يكون موليا فان تركها اربعة اشهر بانت بتطليقة وينبغي ان يصير موليا على قول كل من قدمنا عنه انعقاد الايلاء اذا حلف على اقل من اربعة اشهر ابن ابي ليلى وغيره وكذا اذا قال والله لا اقربك الا في المحرم وهو في شوال او حتى تفطمي ولدك الى مدة الفطام اقل من اربعة اشهر والوجه المذكور للجمهور بناء على ما تقدم هناك من ان المولي من لا يمكنه القربان في الاربعة اشهر الا بشيء يلزمه وليس فليس وقد بحثنا هناك ان هذا فرع كون اقل مدة ينعقد الايلاء او بما يحلف عليها اربعة اشهر وبالضرورة انهم لا يلزمون ذلك الا ان يجعل هذا اصلا ممهدا في مذهب الحنفيين بعد ثبوت عدم انعقاده لاقل من اربعة اشهر بدليل من اقوال الصحابة فتصلح الاحكام المذهبية لا عند قصد الاثبات على المخالف ثم اورد على هذا الاصل ما لو قال والله لا اقربكن لاربع نسوة فانه مول فاذا تركهن المدة طلقن ولو قرب ثلاثا منهن لا يلزمه شيء فثبت ان امكان القربان بغير شيء لا يمنع صحة الايلاء واجيب بما حاصله ان الايلاء متعلق بمنع الحق في المدة وقد وجد في هذه المسألة فيكون موليا منهن مع عدم لزوم شيء لعدم الحنث لان الحنث بفعل المحلوف عليه وذلك بقربانهن والموجود قربان بعضهن وحاصل هذا تخصيص اطراد الاصل بما اذا حلف على واحدة بادنى تامل **قوله** ولو حلف بحج الخ بان يقول ان قربتك فعلي حج او عمرة او صدقة او صيام او هدي او اعتكاف او يمين او كفارة يمين او فانت طالق او هذه لزوجة اخرى او فعبدي حر او فعلي عتق عبد منهم فهو مول اما لو قال فعلي صوم هذا الشهر مثلا فليس بمول لانه يمكنه ترك القربان الى ان يمضي ذلك ثم يطأها بلا شيء يلزمه بخلاف قوله فعلي صوم يوم ولو قال فعلي اتباع جنازة او سجدة تلاوة او قراءة القرآن او الصلاة في بيت المقدس او تسبيحة فليس بمول ونقل في الصلاة خلاف محمد فعنده يكون موليا لانه مما يلزم بالنذر وتقدم اول الباب ما يجاب به عنه ويجب صحة الايلاء فيما لو قال

وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها طلاقها أو طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع وإن آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وإن آلى من البائنة لم يكن موليا لأن الزوجية قائمة في الأولى دون الثانية ومحل الإيلاء من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الإيلاء سقط الإيلاء لفوات المحلية ولو قال لأجنبية والله لا أقربك أو أنت علي كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا

في أنه ركعة ونحوه مما يشق عادة وكذا خلافه ثابت في مسئلة الغزو المذكورة أول الباب فإن قلت ينبغي في الصلوة في بيت المقدس أن يكون موليا اتفاقا لما فيه من مشقة السفر كالحج قلنا نعم لو لزم من نذر الصلوة في بيت المقدس أن لا يسقط إلا بالصلوة فيه لكن المذهب أن له أن يصليها في غيره ويسقط النذر به على ما عرف ولو قال فعلي أن أتصدق على هذا المسكين بهذا الدراهم أو مالي هبته في المساكين لا يصح إلا أن ينوي التصدق بها ولو قال فكل مملوك أشتريه فيما يستقبل حر صار موليا عندهما خلافا لأبي يوسف رح وهو رواية عنه وكذا لو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق يصير موليا عندهما خلافا لأبي يوسف رح ولو قال كل امرأة أتزوجها من أهل الإسلام لا يصير موليا وعلى هذا لو قال لا أقربك حتى أعتق عبدي أو حتى أطلق فلانة أو حتى أطلقك يصير موليا عندهما خلافا له لأنه يمكنه القربان بلا شيء بأن لا يشتري عبدا ولا يتزوج وبتقدير الغاية قلنا فلم يمكنه إلا بضرر لازم إذ اللزوم لا لأجل قربانها كاللزوم به واعلم أن الأصل أنه متى جعل ليمينه غاية لا توجد في المدة كقوله والله لا أقربك حتى تطلع الشمس من مغربها أو حتى يخرج يأجوج ومأجوج أو ينزل عيسى عليه السلام أو حتى يخرج الدجال أو الدابة فهو مول استحسانا بناء على الظاهر وإن احتمل القرب وقت التكلم به وكذا إذا كانت الغاية لا تتصور مع بقاء النكاح كقوله حتى أموت أو تموتي أو أقتلك أو تقتليني أو أبينك وإن كانت توجد في المدة لكنه تصلح جزاء نحو حتى أعتق عبدي أو أطلق فلانة كانت موليا عندهما خلافا لأبي يوسف وقد عرفت الوجه **قوله** وفيه خلاف أبي يوسف أي في ثبوت الإيلاء لأن الحالف يعتق عبد المعين فإن ضمير فيه للعتق جزاء وهو المعين لا المبهم فإن تعليله لا يتم فيه **قوله** البيع موهوم أي هو غير مقدور له بنفسه لتوقفه على غيره من المشترين وقد لا تجد مشتريا في المدة فيقضي قبل وجوده بخلاف الإخراج من الكوفة لأنه مقدور له وهو وإن توقف على امتثالها أيضا لكن امتثالها واجب لوجوب طاعة الزوج بخلاف امتثال المشتري إذ لا موجب له فلا يمنع المانعية الكائنة في الجزاء وهو عتق العبد بالقربان ولو باع هذا العبد سقط الإيلاء لأنه صار بحال يمكنه قربانها بغير شيء ولو ملكه بسبب شراء أو غيره عاد الإيلاء من وقت الملك إن لم يكن وطئها قبله فإن كان وطئها قبل تجدد الملك لم يعد لسقوط اليمين ولو مات العبد قبل البيع سقط الإيلاء لقدرته على الوطء بغير شيء وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها وإبانتها ثم تزوجها **قوله** وإن آلى من المطلقة الرجعية كان موليا باتفاق الأئمة الأربعة بخلافه من البائنة وإن كانت من ذوات الأقراء لاحتمال امتداد طهرها وإن كانت تعتد بالأشهر فلا احتمال رجعتها فينعقد الإيلاء مقيدا إلى ما بعد الرجعة فإن لم يطأها حتى مضى شهر من الرجعة بانت وهو مشكل على قول من يرى زوال الزوجية بالمطلقة الرجعية وحرمة الوطء كالبائنة وعلى قولنا من حيث أنها لا حق لها في الجماع فلا يكون بالمنع ظالما والجواب أن العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى المنوع والمطلقة الرجعية كانت من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن والبعل الزوج حقيقة على ما أسلفناه في أول باب الرجعة فكانت المرأة من نسائه فيشملها نص الإيلاء ألا ترى أنه يثبت الإيلاء وإن سقطت حقها في الجماع لخوف الغيل على ولدها أو غيره فعلم أن التعليل بالظلم باعتبار ابتناء الأحكام على الغالب بخلاف البائن لانتفاء اسم الزوج حقيقة فينتفي كونها من نسائنا وقيل إنما لم يكن موليا من البائنة لأن الإيلاء تعليق طلاق بائن على مضي المدة بلا قربان والمطلقة البائنة لا يلحقها طلاق بائن منجز ولا معلق حتى إذا كان التعليق بعد الإبانة لما قدمنا من أنه إذا كان قبلها فوجد الشرط في عدتها من البائن يلحق وهذا الحصر يقتضي أنه لولاه لصح الإيلاء منها وليس كذلك لعدم الزوجية ونسائنا والحق أن يبني عدم لحوق البائنة هو مبني عدم الإيلاء منها وهو عدم الزوجية

لأن الكلام في مخرجه وقع باطلاً لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحاً بعد ذلك وإن قربها كفّر لتحقق الحنث إذ اليمين منعقدة في حقه ومدة إيلاء الأمة شهران لأن هذه مدة ضربت أجلاً للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة وإن كان المولي مريضاً لا يقدر على الجماع أو كانت مريضة أو رتقاء أو صغيرة لا تجامع أو كانت بينهما مسافة لا يقدر أن يصل إليها في مدة الإيلاء ففيئه أن يقول بلسانه فئت إليها في مدة الإيلاء فإن قال ذلك سقط الإيلاء

فالإسناد إليه أولى ثم لا يخفى أن تخلف العلة في محل واحد نقض إلا لمانع فالحق أن هذا النظم حكمة ونفس الإيلاء هو العلة فلا يلزم وجوده دائماً **قوله** لأن الكلام في مخرجه وقع باطلاً لانعدام المحلية وهي كونها من نسائنا في الإيلاء والظهار قال الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم وقال تعالى والذين يظاهرون من نسائهم فلا بد من كونها محلاً وقت التكلم بالإيلاء والظهار أو وقت وجود شرطهما لما عرف في باب الأيمان بالطلاق أن الإضافة إلى سبب الملك صحيحة وكذا في الإيلاء والظهار وإذا قال إن تزوجتك فوالله لا أقربك وقع صحيحاً وكذا إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي إلا أنه لا ينعقد الإيلاء والظهار إلا عقيب التزوج بها لأنها إذ ذاك تصير محلاً لا قبله ولأن الظهار لما كان تشبيه المحللة بالمحرمة استدعى انعقاده قيام حل وطئها **قوله** إذ اليمين منعقدة في حقه أي في حق الوطء لأن انعقاد اليمين يعتمد القصود حساً ألا ترى أنها تنعقد على ما هو معصية **قوله** كمدة العدة أي في الطلاق الرجعي فيتنصف بالرق لأنه من حقوق النكاح وعند مالك والشافعي رح تستوي مدة إيلاء الحرة والأمة والقياس على مدة العدة بجامع كونها تربصاً هو أجل للبينونة كالعدة ممنوع فإن البينونة لا تحصل عند الشافعي بانقضاء المدة وأيضاً تربص العدة للتعرف وتعرف الفراغ فهو المؤثر وهو منتف في تربص الإيلاء قالا وجه الاستواء العموم لنص الإيلاء إلا أنه من نسائنا ولأن ضربها إيلاء لعذر الزوج ودفعاً جرياً على عادته تعالى من عدم المعاجلة بالعقوبة فأخرت عقوبته الدنيوية لطلبها إلى انقضاء أربعة أشهر وهذا المعنى لا يختلف في الحرة والأمة **قوله** وإن كان المولي مريضاً لا يقدر على الجماع لا فرق بين كون عدم العذر للمرض والجب كما أنه في جهتها لا فرق بين كون المانع مرضها أو الرتق أو القرن ومن الناس من منع إيلاء المجبوب ومن الرتقاء والقرناء لأنه لا يجب عليه الجماع فلا ظلم وجوابه ما قلنا في المطلقة الرجعية ولأن هذا تعليل فيه إبطال حكم النص وذلك باطل وفي جوامع الفقه لو عجز عن جماعها لرتقها أو قرنها أو صغرها أو بالجب أو العنة أو كان أسيراً في دار الحرب أو لكونها ممتنعة أو كانت في مكان لا يعرفه وهي ناشزة أو بينهما أربعة أشهر أو طال القاضي بينهما بشهادة الطلاق الثلث ففيئه باللسان بأن يقول فئت إليها أو رجعت عما قلت وراجعتها أو ارتجعتها أو أبطلت إيلائي ولو اختلف في الحبس صح الفيء باللسان بسببه في البدائع وفي شرح الطحاوي لو آلى وهي مجنونة أو هو محبوس أو كان بينهما أقل من أربعة أشهر إلا أن السلطان يمنعه أو العدو لا يكون فيئه باللسان وهو جواب الرواية نص عليه الحاكم في الكافي ووفق بحمل ما في الكافي وشرح الطحاوي على إمكان الوصول إلى السجن بأن تدخل عليه فيجامعها ومنع السلطان والعدو نادر على شرف الزوال وفي الحبس بحق لا يعتبر في الفيء باللسان ونظائره يعتبر وهل يكفي الرضا بالقلب من المريض قيل نعم حتى إن صدقته كان فيئاً وقيل لا وهو الوجه ثم هذا إذا كان عاجزاً من وقت الإيلاء إلى أن تمضي أربعة أشهر حتى لو آلى منها وهو قادر ومكث قدر ما يمكنه جماعها ثم عرض له العجز بمرض أو بعد مسافة أو حبس أو جب أو أسر ونحو ذلك أو كان عاجزاً حين آلى وجواز العجز في المدة لم يصح فيئه باللسان خلافاً لزفر في غير الأخير قال العجز ثابت وهو المدار قلنا لما تمكن ولم يفعل فقد تحقق منه الإضرار فلا يكون فيئه إلا بإيفاء حقها بالجماع بخلاف ما إذا استوعب العجز المدة لأنه لم يكن لها حق فيها فكان ظلمه في الإيلاء بأذى اللسان ففيئه الذي هو توبته بتطييب قلبها لأن التوبة على حسب الجناية ولو آلى إيلاء مؤبداً وهو مريض بانت بمضي المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض ففاء بلسانه لم يصح عند أبي حنيفة رح ومحمد وصح عند أبي يوسف رح وهو الأصح على ما قالوا لأن الإيلاء وجد بينه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض

وقال الشافعي رح لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حانثا ولنا انه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان
واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيئه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف
واذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين
ظاهرا وان قال اردت الطلاق فهي تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلث وقد ذكرناه في الكنايات وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رح ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد وان قال اردت
التحريم او لم ارد به شيئا فهو يمين يصير به موليا لان الاصل في تحريم الحلال انما هو يمين عندنا وسنذكره في الايمان ان شاء الله

وفي زمان الصحة هي مباحة لا حق لها في الوطي فلا يعود حكم الايلاء فيه وهما يقولان ان ذلك بتقصير منه فانه كان يمكنه الفيء باللسان
قبل مضي المدة ولا تبين ولو كان المانع شرعيا بان كان محرما واتى وقت افعال الحج اربعة اشهر فصاعدا فالفيء بالجماع وعند زفر باللسان
وهو رواية عن ابي يوسف لان الاحرام منع من الجماع شرعا فيثبت العجز فكان فيئه باللسان وهم اعتبروا العجز الحقيقي وهو منتف وهذا لانه التسبب
باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا **قوله** وقال الشافعي رح لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان
حانثا وضعف هذا لا يخفى على من له شمة لانه حلف على الجماع فكيف يحنث بفعل غيره فان اراد بقوله لو كان فيئا لكان حانثا ان الفيء لا يكون
الا بالجماع فلو كان فيئا لكان بالجماع فكان حانثا لزم صريح المصادرة والنص هو قوله تعالى فان فاؤا لا يوجب تعين كون الفيء الجماع لان
معناه وان رجعوا عن عزمهم ذلك على الظلم وذلك يحصل بارضائها بالجماع وبارضائها بالقول ووعد الجماع عند عجزه وهي مشاهدة لعجزه
ذلك فلا يتم ما قالا والحق ان مذهب الشافعي ومالك واحمد كقولنا ولو وطيها بعد الفيء باللسان في مدة الايلاء لزمه كفارة لتحقق الحنث لان
يمينه باقية في حق الحنث وان بطلت في حق الطلاق **قوله** وصار فيئه بالجماع حتى لو لم يجامع حتى تمضي المدة وقع الطلاق وهذا لان المقصود
عدم وقوع الطلاق عند تمام المدة وهذا فرع تمامها ولم تتم حتى قدر على الاصل وهو الجماع قبل حصول المقصود من البدل فيبطل حكم
الخلف كالمتيمم اذا رأى الماء **قوله** سئل عن نيته هذا هو المذكور في كتب محمد رح وهو جواب الرواية لان بيان المجمل على المجمل وهو ظاهر الرواية
وهو قول ابي بكر وعمر رض وابن مسعود رض وعائشة والحسن البصري وعطاء وطاؤس وابن المسيب وسعيد بن جبير وغيرهم وعن علي وزيد بن ثابت
وابن عمر وابن ابي ليلى ومالك ان الحرام ثلث الا ان مالكا قال ينوي في غير المدخول بها ويروى عن علي رض التوقف وفيه نحو احد عشر مذهبا
غير ما ذكرنا **قوله** لانه نوى حقيقة كلامه اذ حقيقته وصفها بالحرمة وهي موصوفة بالحل فكان كذبا وعن هذا قال مسروق والشعبي في التحريم انه كتحريم
قصعة من ثريد ليس بشيء واورد لو كان حقيقة كلامه لانصرف اليه بلا نية لكنكم تقولون عند عدم النية ينصرف الى اليمين والجواب
ان هذه حقيقة اولى فلا تنال الا بالنية واليمين الحقيقة الثانية الثابتة بواسطة الاشتهار وقيل لا يصدق في القضاء وقال شمس الائمة
السرخسي بل فيما بينه وبين الله تعالى لانه يمين ظاهرا لان تحريم الحلال يمين بالنص وهو قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى ان قال
تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فلا يصدق في القضاء في نية خلاف الظاهر وهذا هو الصواب على ما عليه العمل والفتوى كما سنذكره والاول
قول الحلواني وظاهر الرواية لكن الفتوى على العرف الحادث **قوله** الا ان ينوي الثلث ولا تصح نية الثنتين الا في الامة خلافا لزفر والزهري
في الكنايات وهو التفصيل فيه بين كون الحالة حالة مذاكرة الطلاق او لا ولو طلق امرأته طلقة ثم قال انت علي حرام ونوى ثنتين لم يقع شيء ولو نوى
الثلث وقعت ثنتان مكملتا للثلاث **قوله** وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف كذا ذكره القدوري وليس مذكورا في ظاهر الرواية
ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد في مختصره ولا الطحاوي وانما نقله شمس الائمة عنهما من النوادر خلافا لمحمد وجه قوله ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو
منتف وفي جوامع الفقه نقل عن محمد انه ظهار اذا نوى الظهار على ما عرف النقل به عنه **قوله** ولهما انه اطلق الحرمة الخ حاصله ان الحرمة
اعم من الحرمة التي هي ظهار او لا والاعم يحتمل الخصوصيات فنية الظهار نية محتمل كلامه لا نية خلاف ظاهر فيصدق قضاء **قوله** وان
قال اردت التحريم او لم ارد به شيئا فهو يمين يصير به موليا ونص في المحيط انه خلاف قول محمد حيث قال فان نوى اليمين او لم ينو شيئا

ومن المشايخ من يصرف لفظة الحرام الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله اعلم بالصواب

كان يمينا ويصرف الى الطعام والشراب ولا تدخل امرأته الا بالنية كذا قال محمد وعن مشايخ بلخ تدخل امرأته بلا نية فتبين وصح في هذا الزمان وسئل نجم الدين عن امرأة قالت لزوجها حلال الله عليك حرام فقال نعم تحريم هذه المرأة على زوجها قال نعم وكذا حلال المسلمين ثم على قول محمد اذا نوى امرأته حتى دخلت لا يخرج الطعام والشراب من اليمين فيحنث اي ذلك وجد فاذا تناول شيأ من الطعام والشراب حنث وانقضى حكم يمينه حتى لو قرب من امرأته بعد ذلك لا يحنث ولا فرق بين ان يتناول قليلا او كثيرا بخلاف ما اذا حلف لا ياكل هذا الطعام وهو ما يستوفيه واحد لا يحنث ما لم يستوف جميعه وكذا لا يدخل اللباس الا بالنية اذا دخل لا يخرج الطعام والشراب ولو نوى الطعام والشراب فهو كما نوى ولو نوى الطلاق في نسائه واليمين في نعم الله تعالى فهو طلاق ويمين **قوله** ومن المشايخ هم المتاخرون لما ظهر من العرف في ذلك حتى لو قال لامرأة ان تزوجتك فحلال الله علي حرام فتزوجها تطلق ولهذا لا يحلف به الا الرجال ولو قالت هي انا عليك حرام كان يمينا وان لم تنو فلو مكنته حنثت وكفرت فصار كما اذا تلفظ بطلاقها غير ناوية تطلق للصراحة والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة وعن هذا قالوا لو نوى غير الطلاق لا يصدق في القضاء بل فيما بينه وبين الله تعالى قال الاستاذ ظهير الدين المرغيناني لا اقول لا يشترط النية لكن تجعل ناويا عرفا ولا فرق بين قوله انت علي حرام او حرمتك علي او لم يقل علي او انت محرمة علي او لم يقل علي او انا عليك حرام او محرم او حرمت نفسي عليك ويشترط قوله عليك في تحريم نفسه فلو لم يقله لا تطلق وان نوى الطلاق بخلاف نفسها وقوله انت معي في الحرام بمنزلة قوله انت علي حرام وفي الفتاوى لو قال لامرأته انت علي حرام او حلال الله علي حرام فهذا على ثلاثة اوجه اما ان كانت له امرأة او اربع او لم يكن له امرأة ان كان له واحدة فقد ذكرنا وان كان له اربع طلقت كل واحدة تطليقة وان لم يكن له امرأة لزمه كفارة يمين وعلى فتوى الاوزجندي والامام مسعود الكشاني يقع واحدة وعليه البيان قال في الذخيرة والخلاصة هو الاشبه وعندي ان الاشبه ما في الفتاوى لان قوله حلال الله او حلال المسلمين يعم كل زوجة فاذا كان فيه عرف في الطلاق يكون بمنزلة قوله هن طوالق لان حلال الله شملهن على سبيل الاستغراق لا على سبيل البدل كما في قوله احداكن طالق وحيث وقع الطلاق بهذا اللفظ وقع بائنا ولو قال ان فعلت كذا فحلال الله علي حرام ثم قال لامرأة اخرى ان فعلت كذا فحلال الله علي حرام ففعل احدهما حتى وقع طلاق بائن ثم فعل الآخر قال الامام ظهير الدين ينبغي ان يقع كما لو قال معلقا بالاخرى دون الاول **فرع** يتعلق بالايلاء لو قال لا اقربك ما دامت امرأتي فابانها ثم تزوجها لم يصر موليا ويقربها ولو قال ان قربتك فعلي ان انحر ولدي صح الايلاء خلافا لزفر بناء على انه يلزمه بنذر ذبح الولد ذبح شاة عندهم ولا يلزمه فيه شيء عند زفر ومالك يوجب فيه نحر جزور وروي عن ابي يوسف مثل قول زفر وهو قول الشافعي رح وهو الاوجه لانه نذر معصية ولو جن او وطئها انحلت وسقط الايلاء ولو قال لنسائه الاربع والله لا اقربكن يكون موليا من كلهن حتى لو مضت اربعة اشهر بن جميعا وقال زفر لا يكون موليا ما لم يطأ ثلاثا منهن لان الحنث انما يقع اذا وطئ الكل فقربان الثالث يمكنه لغير حنث فلا يكون موليا منهن بل من الرابعة فكانه قال ان قربت ثلاثا منكن فوالله لا اقرب الرابعة قلنا قصد الاضرار بهن كلهن فيكون موليا عليهن فلما لم يوجد وطئ جميعهن لا يتحقق الحنث واذا وجد يضاف الحنث الى وطئ كلهن لا الى الرابعة فقط بخلاف ما قاس عليه لانه يمين معلقة فلا تنعقد ما لم يوجد شرطها ولو قال لهن والله لا اقرب احداكن جعلناه موليا من واحدة وقال زفر مول من الاربع حتى لو مضت اربعة اشهر ولم يقرب احداهن بانت

فهو

طوالق

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا بأس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به

واحدة على الزوج ان يعينها وعنده يمين كلهن لان قوله احداكن وواحدة منكن سواء ولو قال لا اقرب واحدة منكن يصير موليا منهن جميعا وكذا اذا قلنا احداكن لا يعم لانه معرفة ولذا لا يصح ان يقال لكل احداهن على درهم واما واحدة منكن فنكرة منفية فتعم ولذا صح لكل واحدة على درهم ولو قال لزوجته والله لا اقرب احداكما فمضت المدة بانت واحدة واليه البيان ولو عين قبل المدة لا يصح كما لو علق طلاق احداهن بمجيء الغد وعين قبل الغد واذا بين بطلت تعيينها لتعيين المبانة ثم مضت اربعة اشهر اخرى فعند ابي يوسف لا تبين الاخرى وكذا اذا لم يبين وقالا تبين لان اليمين باقية ما لم يحنث ولما زالت مزاحمة الاولى بالبيان تعينت الاخرى للايلاء كما لو ماتت احداهما ولنا انه آلى من احداهما لا منهما واحد هنا ليست نكرة حتى تعم لانها مضافة وتعينت فلا تبين الاخرى وفي المحيط لو قال انتما علي حرام يكون موليا من كل واحدة منهما ويحنث بوطئها ولو قال والله لا اقربكما لا يحنث الا بوطئهما والفرق ان هتك حرمة اسم الله تعالى لا يتحقق الا بوطئهما وفي قوله انتما علي حرام عقد الايلاء باعتبار معنى التحريم وهو موجود في كل منهما ولو آلى ثم ارتد ثم اسلم ثم تزوجها يكون موليا عند ابي حنيفة رح وروى ابو يوسف عنه انه يبطل الايلاء واذا اختلفا في الفيء مع بقاء المدة فالقول له لانه يملك الفيء وبعد مضي المدة فالقول لها لانه ادعى الفيء في حال لا يملكه فيها والله الموفق

باب الخلع هو لغة النزع خلع ثوبه ونعله ومنه خالعت المرأة زوجها اذا افتدت منه بمال وخالعها وتخالعا صيغ منها المفاعلة لاخذها الملابسة كل لآخر كالثوب قال تعالى هن لباس لكم وانتم لباس لهن وفي الشرع اخذ المال بازاء ملك النكاح والاولى قول بعضهم ازالة ملك النكاح بلفظ الخلع لاتحاد جنسه مع المفهوم اللغوي والفرق بخصوص المتعلق والقيد الزائد وقول بعضهم ازالة ملك النكاح ببدل ولا بد من زيادة قولنا بلفظ الخلع فيه وببدل فيما يليه فالصحيح ازالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع فان الطلاق على مال ليس هو الخلع بل في حكمه من وقوع البينونة لا مطلقا والا يجب فيه الخلاف في انه فسخ وفي سقوط المهر لو كان المال المسمى غيره وهو منتف ولو قيل انه بالمفهوم الشرعي ما صدقات المفهوم اللغوي لان النزع مطلقا اعم من كونه متعلقه امرا حسيا او معنويا كقيد النكاح بمقابلة شيء او لا ثم لم يبعد ولا ينافي ذلك النقل كما غلط من جعل اصول الفقه غير منقول لاندراج حقيقته في مطلق مسمى الاصول لغة لان تخصيص الاسم بالاخص بعد كونه للاعم الصادق عليه وعلى غيره نقل بلا شك وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن

وصفته انه يمين من جانب الزوج معاوضة من جانبها فتراعى احكام اليمين من جانبه واحكام المعاوضة من جانبها عند ابي حنيفة وعندهما هو من الجانبين وستاتي ثمرة الخلاف **قوله** اذا تشاق الزوجان اي تخاصما وخافا اي علما كقوله ولا تخفتي في الغاية

امت ان لا اذوقها اي اعلم وحدود الله تعالى ما حده من المواجب التي امر ان لا تتجاوز وهذا الشرط خرج مخرج الغالب اذ الغالب في الاختلاع خالبا ذلك لانه شرط معتبر المفهوم وهو مشاقتهما كذا قيل وقد يقال جواب المسئلة في كلام القدوري الا با

فلا بأس ان تفتدي نفسها منه بمال واباحة الاخذ منها مشروط بمشاقتها فهو معتبر شرطا في ذلك **قوله** فاذا فعلا ذلك وقع الخلع تطليقة

ولزمها المال هذا حكم الخلع عند جماهير الائمة من السلف والخلف وذهب المزني الى ان الخلع غير مشروع اصلا وقيدت الظاهرية

بالاذا كرهته وخاف ان لا يوفيها حقها وان لا تفيه ومنعته اذا اكرها هو وقال قوم لا يجوز الا ان باذن السلطان روي عن ابن

وسعيد بن جبير والحسن وقالت الحنابلة لا يقع بالخلع طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق لا ينقص عدد الطلاق وقال آخرون يقع

لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة

ويكون رجعيا فان راجعها رد البدل الذي اخذه رواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب قال فكان الزهري يقول ذلك وجه قول المزني ان قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به منسوخ حكمها بقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا اجيب بانه يتوقف على العلم بتاخر هذه وعدم امكان الجمع والاول منتف وكذا الثاني لان هذا النهي متعلق بما اذا اراد الزوج استبدال غيرها مكانها والآية الاخرى مطلقة فكيف تكون هذه ناسخة لها مطلقا نعم لو اريد بالنسخ تقدم حكمها على المطلقة في تلك الصورة اعني صورة ارادة الزوج الاستبدال بها من غير نشوز منها كان حسنا وحاصله انه يجب تقديم هذا الخاص على العام وهو وجه مذهب الظاهرية فان قيل الجواب مبني على الخلاف في تقديم الخاص مطلقا فالجواب لا يصح لان هذا موضع ما يجب فيه تقديم الخاص عندنا لانا اذا قلنا بتعارضهما كان الحكم الثابت الترجيح ووجوب الترجيح ان امكن والترجيح ثبت للمحرم على المبيح لان فيه الاحتياط وهو هنا في تقديم الخاص فيجب ان يقدم هذا الخاص هنا بحكم المعارضة لا بحكم التخصيص وكل موضع قدمنا فيه العام على الخاص عند تعارضهما في ذلك الفرد كان لثبوت الاحتياط بسبب كون حكم العام منعا والخاص يخرج منه بعض الافراد كما في لا صلوة بعد الفجر والعصر مع قوله صلى الله عليه وسلم لا تمنع احدا طاف بهذا البيت وصلى آية ساعة شاء من ليل او نهار او ايجابا كقوله صلى الله عليه وسلم فيما سقت السماء العشر مع قوله ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة والاخفش كونه عاما لا يقتضي التقدم بعين مفهومه بل لما يشتمل عليه من الاحتياط بل اوجب القول بموجبها وهو عدم حل الاخذ اذا كان النشوز من قبله وهو ما ذكره المصنف بقوله كره له ان ياخذ يعني كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب وان قال الامام المحبوبي في جوابهم تاويل الآية في الحل والحرمة لا في منع وجوب المال وتملكه لان الحرمة لا تثبت مع معارضة موجبها فان المعارضة تنفي القطعية لتطرق احتمال نسخها بالمعارض لكنه اراد ما ذكرنا وسياق ما هو الحق فيه ان شاء الله تعالى وجه قول الحنابلة وهو قول الشافعي في القديم ما روي عن طاوس عن ابن عباس الخلع فرقة وليست بطلاق رواه الدارقطني عنه وروى عبد الرزاق عنه لو طلق رجل امراته تطليقتين ثم اختلعت منه حل له ان ينكحها ذكر الله الطلاق في اول الآية وفي آخرها والخلع بينهما قالوا وروى نافع مولى ابن عمر انه سمع ربيع بنت معوذ بن عفراء تخبر ابن عمر انها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان فجاء عمها الى عثمان فقال له ان ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم افتنتقل فقال عثمان لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها الا انها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية ان يكون بها حبل فقال ابن عمر عثمان خيرنا واعلمنا فهؤلاء اربعة من الصحابة فان ثبت بعدهما صحابيان قالوا بذلك ويستدل عليه ايضا بالآية قال تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان الى ان قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم قال فان طلقها يعني الثالثة المفاد شرعيتها بقوله او تسريح باحسان على ما اسلفناه من تقريره في فصل تحل له المطلقة فيكون الافتداء غير طلاق والا كان الطلاق اربعا والثاني منتف ايضا فان النكاح عقد يقبل الفسخ وقد تحقق فسخه بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة فلا مانع من كونه كذلك في الافتداء قلنا اما هذا الاخير فحاصله انه وجه مجوز لكونه فسخا لا يوجب كون الواقع في الواقع احد الامرين بعينه وهو انه فسخ او طلاق فلا يفيد واما الآية فالنظر الى نفس التركيب يفيد بعد غاية التنزل ان الافتداء فرقة ليس غير فان حاصل الثابت به كونه تعالى بعد ما افاد شرعية الثلث او بين ذلك شرع على حكم آخر هو جواز دفعها البدل تخلصا من قيد النكاح واخذه منها من غير تعرض لكونه غير طلاق او طلاقا هو الثالثة او لا فتبين اخذنا من خارج

لا الواجب

ولنا ما تلونا لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن

البتة وهذا وجه من قولهم بين الشافعية فيعرض وغيره ولانه لا يحتاج الجواب اليه كما سمعت ولانه يقتضي ان لا يشرع الخلع الا بعد تطليقتين بل انما نفس معنى تحريم الثلث وبين حكمها آخر الآخر وهو جواز الافتداء عن تلك النكاح من غير زيادة على ذلك واما ما ذكره عن عثمان فلتقادير شهرته ليس فيه سوى انه قال لا عدة عليها ولا تنكح حتى تحيض حيضة واصل هذا ما روي من حديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فامر النبي صلى الله عليه وسلم ان تعتد بحيضة فعنى حيضة عدة رواه ابو داود والترمذي والحاكم وصححه ثم ما ثنيا وصلى الله عليه وسلم حكم في خلع امرأة ثابت بن قيس بانها طالقة على ما في البخاري انه قال اقبل الحديقة وطلقها تطليقة فقول عثمان لا عدة عليها يعني العدة المعهودة للمطلقات وللشارع ولاية الايجاب والاعدام فهذا يفيدك بتقدير صحته عدم التلازم بين عدم العدة وكونه فسخا مع ان الذي عرف من حديث عثمان هذا هو ما رواه مالك من نافع ان ربيع بنت معوذ جاءت هي وعمها الى عبد الله بن عمر فاخبرته انها اختلعت من زوجها في زمان عثمان فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره فقال ابن عمر عدتها عدة المطلقة وقال بلغنا عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب انهم كانوا يقولون عدة المختلعة ثلاثة قروء وقولهم انه قول اربعة من الصحابة ممنوع لانه ليس كل من اتصف باسم الصحابي يتبع اقضية النبي صلى الله عليه وسلم وادى الاحكام وعلم المتأخر والمتقدم وصار اهلا للاجتهاد بل يقلدهم من اتصف بذلك وظاهر حال ربيع وعمها ذلك فانهما استفتيا عثمان فقال ما قال فاعتقداه فليس في المعنى الا قول صحابيين لان ابا قعود قول اهل الاجتهاد وهذا لو ثبت التلازم بين نفي العدة وكونه فسخا وهو منتف بما روي عن عثمان مما يخالف ذلك فلم يبق الا قول ابن عباس وذلك ما روى مالك عن ام بكرة الاسلمية انها اختلعت من زوجها فارتفعا الى عثمان فاجاز ذلك وقال هي طلقة بائنة الا ان تكوني سميت شيئا فهو على ما سميت ولا يعرف فيه الا ان جمهان لم يعرفه الامام احمد فرد الحديث لذلك وجمهان ابو العلاء او ابو يعلى مولى الاسلميين ويقال مولى يعقوب القبطي يعد في اهل المدينة تابعي روى عن سعيد بن ابي وقاص وعثمان بن عفان وابي هريرة وام بكرة الاسلمية وروى عنه عروة بن الزبير وموسى بن عبيدة الربذي وغيرهما وقال ابن حبان في الثقات هو جد جدة علي بن المديني في انه عباس بن جمهان روى له ابن ماجه حديثا واحدا في الصوم عن ابي هريرة لكل شئ زكوة وزكاة الجسد الصوم والصوم نصف الصبر فلهذا صح ما نقل مذهبا عن عثمان ابن مسعود وعلي رضي الله عنهم لم يعارضه قول غيرهما والمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اسند ابن ابي شيبة ثنا علي بن هاشم عن ابن ابي ليلى عن طلحة بن مصرف عن ابراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود قال لا تكون طلقة بائنة الا في فدية او ايلاء وروي عن علي ايضا وتقدم ما رويناه عن عثمان قال عبد الرزاق ثنا ابن جريج عن داود بن ابي عاصم عن سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة ومراسيل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لانه من كبار التابعين وكبار التابعين قل ان يرسلوا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا عن صحابي وان اتفق غيره فنادر فممن ثقة كذا تتبعت مراسيله وبه يقوى ظن حجية ما رواه المصنف عنه صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة وكذا ما اخرجه الدارقطني وسكت عليه وابن عدي من طريق عباد بن كثير الثقفي عن ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة وان كان لا يصح على طريق اهل الشام لان الحكم بالضعف انما هو لظاهر مع احتمال الصحة في نفس الامر فجاز ان يقوم دليل الصحة في نفس الامر مع الضعف في الظاهر وههنا نظر على اصولنا وهو ان ابن عباس ما روى حديث امرأة ثابت بن قيس على ما في البخاري عن ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا اعيب عليه في دين ولا خلق ولكن اكره الكفر في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته قالت نعم قال صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ثم ان من

إلا أن ذكر المال أغنى عن النية هنا ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وإن كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضا لقوله تعالى وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج إلى أن قال فلا تأخذوا منه شيئا ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال وإن كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل أيضا

قال بأنه فسخ وعمل الراوي عندنا بخلاف روايته ينزل منزلة روايته للناسخ اللهم إلا أن يثبت رجوعه كما قالوا والله أعلم به والجواب أن تقدير ثابتا طاعتها انتهاء الأمر وصلى الله عليه وسلم لا يبقى من محل النزاع وهو الخلع بل يصير طلاقا على مال فقول ابن عباس بعد ذلك الخلع فسخ كلام في مسئلة أخرى صح فيها ما أتى من تسمية الراوي له خلاعية فإن كان صح فشيخ الإسلام يعني أول طلاق بمال لأن الظاهر أن المخاطب بقوله صلى الله عليه وسلم طلقها استثبت قوله صلى الله عليه وسلم فطلق وكثيرا ما يطلق الخلع على الطلاق بمال وعلى كل حال فالأظهر من قول الصحابة ما قلناه مع ما فيه من المرفوع الصحيح الذي لا يقاومه النقل التقديري ولو تركنا الكل بتعارض ورجعنا إلى النظر في المعنى أفاد ما قلنا ثم فرع ذلك ما ذكره المصنف بقوله ولأنه أي الخلع من الكنايات حتى لو قال خالعتك ينوي الطلاق وقع الطلاق البائن عندنا لأن حقيقة الخلع لا تتحقق إلا به وقد قدمنا في الكنايات أنها عوامل بحقائقها والنكاح قائم إذ لم يخلع ثم لم يخرج عن ذلك إلا بذكر المال وذلك لا يقتضي خروجه عن حالة ذلك وأيضا هذه فرقة بعد تمام النكاح والأصل فيه كونها طلاقا لأنه هو المعهود والحمل على المعهود واجب حتى يدل على خلافه دليل ولم يثبت كما أريناك والفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة قبل تمامه لأن النكاح فيه خيار إذا بلغت وعتقت وخيار المولى فكان ذلك امتناعا عن تمامه معنى وأما ملك النكاح ضروري لأنه وارد على الحرية فيتقدر بقدر الضرورة وهو استيفاء منافع البضع فينتفي هذا الملك في حق الفسخ **قوله** إلا أن ذكر المال استدراك لما يتوهم لزومه على قولنا إنه كناية من الافتقار إلى النية ومقتضاه أنه إذا أنكر النية يصدق قضاء وليس كذلك قالوا لا يصدق في لفظ الخلع والطلاق والمباراة والبيع في عدم النية عند ذكر المال بأن يقول بارأتك على ألف أو بعت نفسك وطلاقك على ألف وعند عدمه يصدق في إنكارها قضاء في الخلع والمباراة لا في لفظ الطلاق والبيع لأنهما صريحان ذكره في الكافي فأجاب بأن ذكر المال يغني عنها إذ هو قرينة ظاهرة على إرادة الطلاق إذ من المعلوم أنه لا يستحقه إلا بسببه أما وجه من قال لا بد من إذن الإمام فلم أره ويظهر أن قوله تعالى فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فإنه تعالى شرعه مشروطا بخوف الأئمة والحكام إذ هم المخاطبون بقوله تعالى فإن خفتم وهذا في تحقيق الترافع إليهم إن كان خطاب ما أخذوا للأزواج فهو غير مستغرب في القرآن أن يكون خطابا بأمر لجماعة الآخر والمخاطبون بأخذها غيرهم بالآخر والجواب ما ذكرنا من قصة الربيع بنت معوذ من قولها ليفيد أن الخلع وقع دون عثمان رضي الله عنه به ولم ينكره وكذا ابن عمر حين سمع به فإذا وجدهم فهو أولى لأن المراد من الآية إذن الأئمة مع تمكينهم من الخلع إذا خافوا عليهما عدم القيام بالواجب فيما إذا ترافعوا إليهم لأنه لا بد من الترافع إليهم وعلى اعتبار هذا المفهوم منعوهم عند عدم هذا الخوف بالقول والتخويف وتبيين أنه ليس مما تحقق لقوله صلى الله عليه وسلم المختلعات هن المنافقات رواه الترمذي فيه وفي أبي داود عنه صلى الله عليه وسلم أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح رائحة الجنة إلا أن الحكم بعدم النفاذ والصحة إذا وقع وأما وجه من قال إنه يمين فذكر بعضهم فيها لا حاصل له ولا غبار على الوجه المذكور في الكافي فيه وهو أنها بذلت المال لتسلم لها نفسها والله تعالى شرع الأخذ لذلك وإلا لو كان رجعيا لم يحصل الغرض الذي شرع لأجله ولأنه معاوضة والزوج قد ملك البدل حكما لصحة هذه المعاوضة فلا بد من أن تملك نفسها حكما لها تحقيقا لها كما في جانبه والله سبحانه أعلم **قوله** وإن كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها شيئا لقوله تعالى فلا تأخذوا منه شيئا نهى عن الأخذ منها عند عدم نشوزها وكونه منه وتقدم ما قيل من أن ثبوت الكراهة دون التحريم للمعارضة وليس النهي إذ لا معارضة في التحريم فإن الطلاق نفى الجناح في الآية المطلقة مقيد بالمشاقة فإن الآية هكذا ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به والنهي في الآية الأخرى مقيد بإرادة النشوز فلا تعارض في حرمة الأخذ على أنه لو تعارضا كان التحريم ثابتا بالعمومات القطعية فإن الإجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق وفي إمساكها لا لرغبة بل إضرارا وتعليقا

وجه ... ما تلونا بدءا ووجه الأخرى قوله عليه السلام لامرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك إذا أخذ والنشوز منه لأن مقتضى ما تلوناه شيئان الجواز حكما والإباحة وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي

تستطيع الماني مقابلة فلا معنى من الشدة التي هي فيها مع ذلك وقال تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه فهذا دليل قطعي على حرمة أخذ المال لكنه فيكون حراما إلا أنه لو أخذ جاز في الحكم كما ذكره المصنف بآخر أي يحكم بصحة التملك وإن كان بسبب خبيث وعلله بقوله لأن مقتضى ما تلونا يعني قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به شيئان الجواز حكما يعني الصحة والنفاذ في القضاء فإنه ذكره شبها بأخذ الزيادة وقد قال فيها جاز في القضاء والإباحة ترك العمل في حق الإباحة لمعارض وهو قوله تعالى وإن أردتم استبدال زوج الآية فبقي معمولا به في الباقي أي الجواز في القضاء لا يقال الجواز هو الإباحة وقيل ازمان حجة وما أراد لأنا نقول إن معنى الإباحة استواء الطرفين فلا أجر ولا وزر ومعنى الجواز من جانب أنه مرتبط بمعنى أنه نفذ شرعا أي الصحيح وهو المعتبر سببا لترتب الآثار الشرعية أعم من كونه مع الحل أو الحرمة كما في كل نهي عن أمر شرعي لم يقم فيه دليل على أنه لعينه كالبيع وقت النداء والبيع بالخمر فلا تلازم وهنا كذلك فالأخذ حرام في حال عدم نشوزها وإن كان برضاها ولو فعل كان أخذه سببا للتملك كما في البيع فيما قلنا حيث يملك بسبب ممنوع لا يقال النهي هنا عن أمر حسي فيعدم بوجوده وتترتب عليه على أنه ماهيته سببا مفيدا لحكم الملك كالنهي عن الزنا لأن ذلك مقتضاه إذا لم يدل الدليل على أن النهي لغيره وهنا دل على أنه لزيادة الإيحاش وللقائل أن يقول إذا ترك في حق الإباحة لمعارض يلزم أن يفوت النفاذ شرعا وذلك لأن دلالته على النفاذ ليست إلا الدلالة الالتزامية للإباحة لأن دلالة المطابقة على الإباحة إذ هي المعنى المطابقي لنفي الجناح فيلزم من ثبوت الإباحة النفاذ فإذا ارتفعت الإباحة ارتفعت بلازمها إلا أن يدل دليل مستقل آخر على ثبوت النفاذ شرعا وهو معدوم وعلى هذا فالظاهر قول الظاهرية **قوله** لإطلاق ما تلونا بدءا أي أولا وهو قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعني بطريق الدلالة لا العبارة فإن عبارته رفع الجناح عند مشاقتهما ولا شك أن مشاقتهما مشاقته فإذا كان له أن يأخذ ما افتدت به مطلقا فيما فيه مشاقتها فأخذه ذلك فيما المشاقة منه فيه أولى **قوله** ووجه الأخرى قوله عليه السلام في امرأة ثابت إلى آخره تقدم ذكر الحديث من رواية البخاري وليس فيه ذكر الزيادة وقد رويت مرسلة ومسندة فروى أبو داود في مراسيله وابن أبي شيبة وعبد الرزاق كلهم عن عطاء وأقرب الأسانيد مسند عبد الرزاق قال أنا ابن جريج عن عطاء جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقال أتردين عليه حديقته التي أصدقك قالت نعم وزيادة قال أما الزيادة فلا وأخرج الدارقطني كذلك وقال وقد أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس والمرسل أصح وأخرجه عن أبي الزبير أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي ابن سلول وكان أصدقها حديقة فكرهته فقال النبي صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته التي أعطاك قالت نعم وزيادة فقال النبي صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا ولكن حديقته قالت نعم فأخذها وخلى سبيلها قال سمعه أبو الزبير من غير واحد ثم أخرج عن عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يأخذ الرجل من المختلعة أكثر مما أعطاها وروى ابن ماجه عن ابن عباس أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت والله ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضا فقال النبي صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته فأمره أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد ورواه من طريق آخر وسماها فيه حبيبة بنت سهل ولم يذكر الزيادة وكذا رواه الإمام أحمد وسماها حبيبة بنت سهل الأنصارية وزاد فيه وكان ذلك أول خلع في الإسلام فقد علمت أنه لا شك في ثبوت هذه الزيادة لأن المرسل حجة عندنا بانفراده وعند غيرنا إذا اعتضد بمرسل آخر يرسله من روى عن غير رجال الأول أو مسند كان حجة وقد اعتضد بهما جميعا وظهر لك الخلاف في اسم المرأة جميلة أو حبيبة أو زينب وفي اسم أبيها عبد الله بن سلول أو سلول أو سهل والمسألة مختلفة بين الصحابة فذكر عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن محمد بن عقيل أن الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته أنها اختلعت من زوجها بكل شيء تملكه فخوصم في ذلك إلى عثمان بن عفان فأجازه وأمره أن يأخذ عقاص رأسها فما دونه وذكر أيضا عن ابن جريج عن

لا يكون

وإن طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لأن الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك
النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وإن لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا ولأنه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك هي الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة

موسى بن عقبة عن نافع ان مولاة لصفية مولاة لامرأة اختلعت من كل شيء لها وكل ثوب حتى نقبتها ورواه ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفعت اليه امرأة نشزت على زوجها فقال اخلعها ولو من قرطها ذكره حماد بن سلمة عن ايوب عن كثير مولى ابن سمرة عنه وذكر عبد الرزاق عن معمر عن ليث عن الحكم بن عتيبة عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه لا يأخذ منها فوق ما اعطاها ورواه وكيع عن ابي حنيفة عن عمار بن عمران الهمداني عن ابيه عن علي انه كره ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها وقال طاؤس لا يحل له ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها واورد ان شرط قبول خبر الواحد ان لا يعارض الكتاب وهذا معارض قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به اجيب اذا خص منه شيء او عورض بنص آخر مثله خرج عن القطعية في الحكم فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع ان هذا الحديث ان كان معارضا بالنص فهو موافق لآخر وهو قوله تعالى فلا تأخذوا منه شيئا فكان في الحقيقة معارضته بالكتاب فجاز التمسك به لانه موافق لاحد النصين وفيه نظر لما قدمنا من ان النهي عن الاخذ في هذه الآية مقيد بنشوزه وحده واطلاق الاخذ منها مقيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص لان مورد العام غير صادق على مورد الخاص ليكون خلاف حكمه في بعض متناوله لا يتخصيصه الا يقال اخذ الزيادة ايضا غير متناول المطلقة لانه في نشوزهما وفيه نشوزها وحدها ليس نشوزهما الا انا نقول ثبتت اباحة اخذ الزيادة في نشوزها وحدها بطريق اولى لكن بناء على هذا فيظهر كون رواية الجامع اوجه ثم يكون اخذ الزيادة خلاف الاولى ويكون المنع منه صلى الله عليه وسلم ثابتا من ان يزداد الحمل على ما هو الاولى وطريق القرب الى الله سبحانه والله اعلم

قوله ولو طلقها الخ صورته ان يقول انت طالق على الف او بالف اما لو قال وعليك الف فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال عنده خلافا لهما وسيأتي وقوله فقبلت وقع الطلاق غير متوقف على الاداء ولزمها المال فيطالبها به ان كانت حرة او اختلعت باذن سيدها حتى تباع فيه وان اختلعت بغير اذنه لا تطالب الا بعد العتق وهذا بناء على جعل على للشرط واعتبار فعل القدر القبول لا الاداء كما ذكره المصنف حيث قال وقد علقه بقبولها والعين لذلك ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول لا بالاداء الى هنا يتم التقرير ولا بد من كون القبول في المجلس لما قدمنا وزاد في النهاية قوله ولو قلنا بتعليقه بالاداء لكانت كلمة على للشرط المحض وهي انما كانت كذلك في غير المعاوضات كما في قوله انت طالق على ان تدخل الدار يعني ان تعليقه بالاداء يخرج اي المعنى ان اديت فانت طالق وهو الشرط المحض وهو مضر في المعاوضات لاستلزامه تعليق البيع على ذكر الثمن ونحوه وقد يقال ان ذلك جائز في المعاوضات المحضة اما الخلع فليس محض معاوضة لما عرف من انه يمين من جانبه او الى يمين فليس بهذه الزيادة محتاجا اليها في التقرير لاستغناء الدليل عن ذلك واعلم ان التعليق الوقوع بقبولها بحيث يتنزل بمجرده هو فيما تحقق فيه التحقيق اما فيما تحتمل فلا فلذا اختلف فيما اذا قال خلعت نفسك مني بكذا فقالت قبلت قيل يصح مطلقا وقيل لا مطلقا وقال الفقيه ابو جعفر ينوي الزوج ان اراد به التحقيق دون السوم للبيع او التحقيق للبيع لانه حينئذ امر وهو المختار للفتوى **قوله** لما بينا يعني قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها قوله وهي النفس اي

قال وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلم على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر انه خمر لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا اما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكر وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فاما الاسقاط فنفسه شريف فلا حاجة الى ايجاب المال

ضمير الآخر وهو مذكر لتأنيث اسمه الآخر اعني النفس **قوله** وان بطل العوض في الخلع الى آخره حاصله انه اذا شرط في الفرقة عوضا غير متقوم حتى بطل فاما ان يكون موقعا بلفظ الخلع او الطلاق ففي الخلع يقع بائنا وفي الطلاق يقع رجعيا ان كانت مدخولا بها وهي دون الثلاث وترك المصنف التقييد بها لاشتهار الحال في الطلاق الثلاث وطلاق غير المدخول بها بحيث لا يكاد يخفى على احد وفيهما معا لا يجب شيء للزوج وجه الحكم الشامل ان ملك النكاح في الخروج غير متقوم ولذا لا يلزمه شيء في الطلاق ربما حاولوا اباحة الاقتداء ليس وضعا لتقومه شرعا والا لتعينت القيمة ولو بالشروع كمهر المثل فاذا سمى غير المتقوم في غير المتقوم كان راضيا بسقوطه مجانا ووجه الافتراق ان لفظ الخلع من الكنايات التي لها دلالة على قطع الوصلة لانه من خلع الخف والنعل والقميص وقدمنا ان الكنايات عوامل بحقائقها فما افادت حقيقته منها قطع الوصلة كان الواقع بها بائنا والا فرجعي ولفظ الخلع من الاول بخلاف لفظ اعتدي واستبرئي رحمك انت واحدة على ما سلف فانما يقع بها الرجعي ولفظ الطلاق صريح لا يقتضي البينونة ولولا ثبوت هذا الاعتبار عندنا في الكنايات لقلنا بالرجعي فيها كقول مالك واحمد والشافعي فيما لقائه في هذا الاعتبار في الكنايات على ما اسلفناه فيها وقال هناك ان الواقع بها بائن بناء على انه يوجب فيه رد مهر مثلها قياسا على بطلان العوض في المهر وهو ضعيف لانه مع الفارق فان الشارع جعل البضع متقوما حالة الدخول حتى لو سكتا عن المهر لزمت قيمته وهي مهر المثل ولم يجعله متقوما حال الخروج لما بينا فلم يلزم من بطلان العوض لزوم القيمة وفي كتب المالكية لو خلعها على حلال وحرام كخمر ومال صح ولا يجب له الا المال فقبل وهو قياس قول اصحابنا وصحح وفي جوامع الفقه خالعها على عبد نفسه لا يلزمها شيء لانه مال لا يستحقه بحال وعرف مما قررناه ان اقتصاره على قوله لانه من الكنايات لا يستلزم البينونة **قوله** بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه لانها سمت ما هو مال وهو ليس بمال فيصير مغرورا فيرجع عليها فعندهم ابي حنيفة ترد مهرها وعندهما مثل كيل الخمر خلا وسطا كما في الصداق على ما تقدم في باب المهر ولو علم الزوج بكونه خمرا لا شيء عليه **قوله** وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر او نحوه مما هو مال لكنه ساقط التقوم واحترز به عما لو كاتبه على ميتة او دم فان الكتابة باطلة حتى لو ادى الميتة والدم لا يعتق وهنا فاسدة فلو ادى الخمر عتق وعليه قيمة نفسه لان ملك المولى فيه متقوم ولهذا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الاجنبي كثمنه ابتداء وما رضي بزواله مجانا لانه لو رضي لنجمه اعتقه ابتداء فقيمته الا لا غير متقوم في المتقوم لا يستلزم رضاه بلا عوض والعتق لا يتوقف بعد وجوده فينزل ولا يمكن رفعه ولا ايجاب المسمى لفساده ولا وقوعه بلا بدل لما ذكرنا فيجب عليه رد ما احتبس عنده من ملك المولى وهو قيمة نفسه لانه اذا تعذر البدل في موضع لزومه يجب قيمة المبدل ولقائل ان يقول ان عنى يكون العبد متقوما عند الخروج او حالة البقاء لزم قيمته عند خروجه شرعا فممنوع وان عنى امكان الاعتياض فالبضع كذلك حالة الخروج فلا يفيد هذا الفرق في الرجوع بينهما في تسمية الخمر والخنزير والجواب المراد امر ثالث وهو كونه له قيمة في الواقع باذن الشرع تقوم او لا بيع او هبة وليس هذا في البضع حالة الخروج **قوله** والفقه فيه اي في لزوم تقومه عند الدخول دون الخروج اخا ابي البضع تدليف

قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء عليها لانها لم تغره بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلاثة وكلمة من هنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه وان اختلعت على عبد لها آبق

فلم يشرع تمليكه الا بعوض فاما الاسقاط فنفسه شرف اي يحصل به شرف البضع للتخلص به من المملوكية فلا حاجة الى ايجاب المال اذ لم يجب الا لهذا الغرض وهو حاصل هنا بدونه **قوله** وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس كليا فالصادق بعض ما جاز بدل خلع جاز كونه مهرا والبعض لا كالاقل من العشرة وما في يدها وما في بطن غنمها وبطن جاريتها يجوز وله ما في بطون نعمها ولا تجوز مهرا بل يجب مهر المثل والفرق ان ما في البطن ليس مالا في الحال بل في المآل فكانه تعليق بالانفصال من البطن واحد العوضين وهو الطلاق هنا يقبل التعليق فكذا الآخر اعني المال ولا يقبل ما يقابل المال هناك وهو ملك النكاح فكذلك عوضه الآخر ولو لم يكن في بطونها شيء حالة الخلع فلا شيء له وما حدث في البطن بعد الخلع لها لا له لانها غير داخلة اذ ما في البطن لم يتيقن كونه مالا اذ ظهر بجواز كونه ريحا وميتة فلا يلزمها شيء ويصح التاجيل في بدل الخلع مع جهالة مستدركة كالحصاد والدياس لا الفاحشة كالعطاء وهبوب الريح والميسرة وحيث لا يصح التاجيل يجب المال حالا وهذا لانه لما كان اسقاطا حتى جاز تعليقه وخلوه عن العوض بالكلية وكان مما يجري فيه التسامح فجاز المجهول الى الاجل المجهول المستدرك بالجهالة وعلى هذا الاصل يجوز اختلاعها على زراعة ارضها وركوب دابتها وخدمتها على وجه لا يلزم خلوة بها او خدمة اجنبي لان هذه تجوز مهرا وفي الخلاصة قالت طلقني على ان اؤخر مالي عليك فطلقها فان كان للتاخير غاية معلومة صح به التاخير وان لم يكن لا يصح والطلاق رجعي على كل حال وكذا لو طلقها على ان تبرئه عن الكفالة التي كفل بها لها من فلان فالطلاق بائن انتهى كلامه لان الاول ليس فيه مال لان مطالبتها به لا يسقط بل يتاخر بخلاف الثاني لتحقق سقوط المال او مطالبتها اياه به **قوله** اولى ان يصلح عوضا لغير المتقوم وهو البضع حالة الخروج بخلاف حالة الدخول فانه متقوم وعن هذا جاز تزويج الاب ابنه الصغير على مال الصغير ولم يجز ان يخلع ابنته الصغيرة على مالها ولو تزوج المريض بمهر مثلها ينفذ من جميع المال ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث فيكون له الاقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت وهي في العدة فان ماتت بعدها او كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان كان يخرج من الثلث **قوله** لانها لم تغره بتسمية المال لان ما في يدها قد يكون متقوما وقد يكون غيره فكان بذلك راضيا ان لم يكن مالا وكان و مثل هذا قولها على ما في بيتي او ما في بيتي من شيء وليس فيه شيء لا يلزمها شيء لان الشيء يصدق على غير المال فان كان فيه شيء مال فله كله ولو قالت على ما في بيتي من متاع وليس فيه مال يرجع عليها بمهرها للغرور والوجه ظاهر في الكتاب وقوله ولا وجه الى ايجاب المسمى اي ما سمته المرأة وهو المال وقيمته للجهالة قيل عليه يجب ان يلزمها ما يصدق عليه اسم المال واقله درهم لما عرف في الاقرار وهو مذهب احمد والجواب الجهالة توجب الفساد ولان كون اقل ما هو مال درهما ممنوع **قوله** لانها سمت الجمع واقله

على آبق لها على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض
واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح واذا قالت طلقني ثلثا بالف

قلت فان قيل هذا في قولها دراهم ظاهر اما في المحال فينبغي ان يلزمها درهم لبطلان الجمعية باللام الى الجنسية وهو يصادق بالمفرد فينبغي ان يلزمها درهم فالجواب ان ذلك عند عدم امكان العهدية فاما ان امكن اعتبر كونه المراد وهو كذلك هنا فان قولها على ما في يدي افاد كون المسمى مظروف يدها وهو عام يصدق على الدراهم وغيرها فصار بالدراهم عهد في الجملة من حيث هو ما صدقات لفظة ما وهو مبهم ولفظة من وقعت بيانا ومدخولها وهو الدراهم هو المبين لخصوص المظروف فصار كلفظ الذكر في قوله تعالى وليس الذكر كالانثى للعهد لتقدم ذكره في قوله ما في بطني محررا وان كان يخالف في كون مدخول اللام هنا واقعا بيانا للمعهود بخلافه في وليس الذكر لان المراد بلفظ ما فيه متعين لان المنذور للبيت انما هو الذكر ولانه لا يكون للجنس الا عند امكان الاستغراق لا عند عدمه ولذا يكون للجنس في لا اشتري العبيد لامكان الاستغراق في النفي دون اشتري العبيد لعدم الامكان فيحنث بشراء عبد واحد في الاول ولا يبر الا بشراء عبيد في الثاني بل بشراء ثلاثة وبهذا التقرير تبين لك ان من لبيان الجنس لا صلة كما ذكره المصنف الاترى الى صدق ضابطها وهو صلاحية وضع الذي موضعها موصولا بمدخولها حال كونه خبر المبتدأ الذي هو ضمير المبهم هكذا ما في يدي الذي هو الدراهم كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان لصدق الرجس الذي هو الاوثان الا ان يكون لهم في لفظ الصلة اصطلاح وما قيل ان تعيين الثلاثة فيما اذا لم يكن في يدها شيء لان البضع محترم فلا بد من عدد معتبر وهو الثلاثة دفع بانه صريح تقوم البضع في الخروج وهو منتف وفيه نظر لان المراد به لما لزم المال من قولها على ما في يدي من الدراهم وكان البضع محترما فالظاهر انها لم ترد به ل‍ استقاط الملك عنه الا بما هو معتبر والا درهم الواحد وان صدق عليه الجنس الذي صار اليه الجمع غير ذي خطر ولذا لم يقطع العضو به بخلاف الجمع فانه ذو خطر وهو من محتملات الجنس كالفرد فيحمل عليه حملا دلالة بالمعين المذكور كما انه ربما يحمل على الفرد ويعين لكونه المتيقن عند عدم ما يعين غيره **قوله** على آبق لها يعني ان وجدته سلمته والا فلا شيء عليها **قوله** وعليها تسليم عينه الى آخره هذا فرع صحة التسمية وانما صحت في الخلع لان مبناه على المسامحة بسبب انه اعتياض عن غير مال فالعجز عن تسليمه لا يفضي الى المنازعة في القيمة فيه انجع وكذا لو خالعها على عبد الغير صحت ووجب تسليمه ان رضي سيده والا فقيمته وهذا بطريق اولى لانه يجوز التزوج على عبد الغير وحكمه كذلك فالخلع اولى بخلاف البيع لان مبناه على المشاحة فالجهل يفضي اليها وهو لم يشرع الا لقطعها فلا يجوز تسمية الآبق فيه وبخلاف ما اذا خالعته على دابة او على ان تزوجه امراة ويمهرها عنه يصح الخلع لا التسمية فيرجع بمهرها لان الجهالة متفاحشة لاختلاف الاجناس فلا يمكن ايجاب المسمى بعينه لانه مجهول ما لحق فيه لانه يمكن تسليمه او قيمته وغاية الامر ان يكون كتسمية عبد وسط واذا صحت التسمية اوجب تسليم المسمى فاشتراط البراءة عن ضمانه باطل لانه اشتراط عدم البدل في عقد المعاوضة وهو اشتراط عدم حكمه فيبطل هذا

فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلث بالالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال وان قالت طلقني ثلثا على الف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند ابي حنيفة ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الالف لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم او على درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا

الشرط بخلاف اشتراط البراءة من عيب العوض لانه يصح وان كان مقتضى العقد يوجب سلامته كما يوجب اصله لان وجوب سلامته تبع لوجوبه فوجوب اصله هو مقتضى العقد ثم يجب كونه سليما لان مطلق الشيء يقتضي كماله لان العيب فائت من وجه فكان الموجب الاصلي هو العين فاشتراطه نفيه اشتراط لنفي نفس مقتضاه بخلاف اشتراط كونه معيبا لانه اثباته ثم اسقاط لبعض الحقوق التابع وجوبها لوجوبه وذلك لا يخل باثبات مقتضاه او نقول السلامة انما هي مقتضى العقد الذي لم يشترط فيه عدمها وهو المطلق لا غير بخلاف اصل البدل فانه حكم كل عقد مطلقا ولو اختلعت على عبد بعينه فمات في يد الزوجة فعليها قيمته ولو كان مات قبل الخلع رجع عليها بالمهر الذي اخذته لانها غرته بتسمية العبد ولو كان حيا فاستحق لزمها قيمته لانه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب لتسميته ذكره شمس الائمة ويجب في صورة ما اذا كان مات قبل الخلع ان كان الزوج علم بذلك ان لا يجب له شيء كما قدمنا في الخلع المبين اذا ظهرت خمرا وهو يعلم وفي كافي الحاكم وان اختلعت بعبد حلال الدم فقتل عنده وبذلك رجع عليها بقيمته كالاستحقاق وكذا لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده واخذ قيمته **قوله** فطلقها واحدة اي في المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شيء **قوله** فعليها ثلث الالف وبه قال الشافعي وعن مالك تقع بالف وعند محمد تقع بغير شيء والدعوى موقوفة على اثبات التلازم بين طلبها الثلاث بالف وطلب الواحدة بثلثه فاثبته بقوله ان الباء تصحب الاعواض باتفاق والعوض ينقسم على المعوض بالضرورة والا تحلى لبعضه عنه فيكون بعضه بلا عوض لكن العوض ان لا تبرع شيء منه لكن لازم هذا جعل كل طلقة بمقابلة ثلث الالف والمطلوب وهو طلب كل طلقة بثلثه لازمه لانه اذا كان العلم محيطا بالانقسام في نفس الامر يكون طلبها الجملة للعوض طلبا لكل جزء منه لكن يبقى فيه انه انما هو طلب الطلقة بعضها حال كونها مع الطلقتين الاخريين لا منفردة فايقاعه الواحدة فقط ايقاع غير المسئول فيقع بغير شيء وهو وجه قول الامام الصحيح فلذا رتب في الكافي الدعوى على اللازم الاول وهو جعلها كل طلقة بثلثها وجعله نظير من يقول لغيره بع هؤلاء العبيد الثلاثة بالف فباع احدهم بثلثها يجوز باعتبار انه يحصل بعض المقصود وكذا هنا بل اولى فان مقصودها الاصلي ملكها نفسها بالقطع وكذا غيرها فذكرت احد صورتي ذلك وهو الثلث بعد تحصيلها بعضه كل منها فاتت بالواحدة تحصيل اصل المقصود في صورة اخرى فهو اولى بجوازه بعضها بخلاف عدم الجواز في قوله بعتك هذه الاعبد الثلاثة بالف كل واحد بثلثها فقبل في واحدة لا يجوز على قول ابي حنيفة فانه لما فيه من تفريق الصفقة فانه ضرر على البائع لان عادة التجار ضم الجيد الى الردي في الصفقة ليروجوا الردي فالقبول في بعضها الحق الضرر به وبخلاف ما لو قال لها انت طالق ثلثا بالف فقبلت في واحدة لا يقع شيء ولا يجب شيء لان الزوج هناك راض بالبينونة مقابلا بثلث الالف حيث كان الايقاع منه وفي هذه لم يرض بها الا وان يكون بازائها الالف ولم يوجد منه الايجاب بما يدل على

وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال كان مبتدأ فوقع الطلاق ويملك الرجعة

الرضا ولو قالت ثلثا بالف فطلقها ثلثا متفرقة في مجلس واحد استحق الالف استحسانا وفي الذخيرة قال طلقي ثلثا على الف ولم يبق من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة يلزمها الالف لانها التزمت بازائها الحرمة الغليظة وفي المرغيناني لو قال انت طالق اربعا بالف فقبلت طلقت ثلاثا بالف ولو قبلت الثلاث بالالف لم يقع وفي الخلاصة قبيل الفصل الرابع في الامر باليد عن ابي يوسف رح لو قالت طلقني اربعا بالف فطلقها ثلثا ففي بالف ولو طلقها واحدة فبثلث الالف **قوله** وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط يعني ان قوله قبله ان كلمة على للشرط مراده مجازا وفي النهاية لا يتم تعليل ابي حنيفة الا على تعليل المبسوط حيث ادعى انها للشرط حقيقة لانه على تقدير كونها مستعارة للشرط لهما ان يقولا لم صارت تلك الاستعارة اولى من استعارتها لمعنى الباء اولى لان حقيقتها الالزام بالاتفاق والمناسبة بين الالصاق واللزوم اكثر منها بين الالزام والشرط ثم نقل ما في المبسوط انها للشرط حقيقة وهو ممكن هنا اذ الطلاق مما يتعلق به فيجب اعتباره فيه اذ لا يعدل الى المجاز مع امكان الحقيقة والحق ان يقال انها حقيقة للاستعلاء اذا اتصلت بالاجسام المحسوسة كقمت على السطح والعتبة وجلست على الارض والبساط ومسحت على رأسي وهو محل اطلاق العربية كونها للاستعلاء وفي غير ذلك هي حقيقة في معنى اللزوم الصادق في ضمن ما يجب فيه الشرط المحض نحو بايعتك على ان لا تشرك بالله شيئا الآية اي بشرط ذلك ونحو انت طالق على ان تدخل الدار وما وجب فيه المعاوضة الشرعية المحضة كبعني هذا على الف واحمله على درهم والعرفية كافعل كذا على ان انصرك او اعطيك او اشفع لك عند فلان والمحل المتنازع فيه مما يصح فيه كل من الامرين لان الطلاق مما يتعلق على الشرط المحض والاعتياض به ولا مرجح وكون مدخولها مالا لا يرجح معنى الاعتياض فان المال يصح جعله شرطا محضا حتى لا ينقسم اجزاؤه على اجزاء مقابله كما قالت ان طلقتني ثلثا فلك الف حتى لا يكون شيء من الطلقات مقابلا لشيء بل المجموع ينزل عند المجموع كما يصح جعله عوضا منقسما كما في بالف ففي اعتبار المعاوضة ثلث الالف بالطلقة وفي اعتبار الشرط لا اذ الشرط لا يتوزع اجزاؤه على اجزاء المشروط بل مجموعه مجعول علامة على نزول كله فدار الامرين لزوم ثلث الالف وعدمه فلا يلزم بالشك فلا يجب المال في اللزوم اذ الاصل فراغ الذمة حتى يتحقق اشتغالها وعلى هذا التقرير يكون على لفظا مشتركا بين الاستعلاء واللزوم وكونه لا يوجب التوقف عند اطلاقه كما في المشتركات لا ينفيه اذ غاية انه للزوم القرينة المعينة لاحد المفهومين وهو خصوص المادة اعني كون مدخولها جسما محسوسا او غيره وكون المجاز خيرا من الاشتراك هو عند التردد اما عند قيام دليل الحقيقة وهو التبادر بمجرد الاطلاق فلا ولا شك ان الاشتراك واقع وليس الا لدليله على انه لو سلم دعوى ان المعنى الحقيقي هو الاستعلاء والمجاز في اللزوم ليس بادني من التعصب وكون ذلك قول اهل العربية لا يرجحه لان اهل الاجتهاد هم اهل العربية وغيرها واحد في الكل لا ينقل عن الواضع ان

ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بألف او على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لان الزوج ما رضي بالبينونة الا ليسلم له الألف كلها بخلاف قولها طلقني ثلاثا بألف لانها لما رضيت بالبينونة بألف كانت بعضها ارضى ولو قال انت طالق على ألف فقبلت طلقت وعليها الألف وهو كقوله انت طالق بألف ولا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بألف بعوض ألف يجب لي عليك ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا

المعنى الحقيقي كذا بل ليس حكمهم به الا بناء على رؤيته متبادرا عند الاطلاق لاهل اللسان ونحن اوجدناك تبادر اللزوم في ذلك النوع كما يتبادر الاستعلاء في الآخر. هذا ولو تنزلنا الى كونه في اللزوم مجازا لم يضرنا في المطلوب فنقول لما تعذرت الحقيقة اعني الاستعلاء كان في المجازي اعني اللزوم وهذا المعنى المجازي معنى كلي صادق مع ما يجب فيه الشرطية وما يجب فيه المعاوضة الى آخر ما قلنا بعينه **قوله** ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بألف تقدم وجه الفرق بين ابتدائها وابتدائه **قوله** ولو قال انت طالق الى قوله ولا بد من القبول لو قال انت طالق بألف او على ألف او خالعتك او بارأتك او طلقتك بألف او على ألف يقع على القبول في مجلسها فهو يمين من جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اليها اذا كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها اما تعليقه بالقبول فلان الباء للمقابلة وقدمنا ان في المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول وكذا على عندهما فلا اشكال وعنده هي للشرط فلا بد من تقدير فعل فهو اما القبول او الاداء فتعين القبول بدلالة الحال وهو قصد المعاوضة فان قلت فلم لم تعتبر جهة المعاوضة في قولها طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة على قوله وكان يجب ثلثها فالجواب صلاحيته هذا القدر لكونه قرينة معينة للشرط انه القبول او الاداء لعدم لزوم ارادة احدهما لا يستلزم لزوم جعله موجبا لاصل المال من غير ان يثبت لزومه بل قالوا اما هو ابلغ من هذا وهو لو قال انت طالق على ان تعطيني الفا تعلق بالقبول مصرح به في جواب الرواية من كتب محمد اما اذا قال لو اعطيتني او جئتني بألف فلا تطلق حتى تعطيه للتصريح بجعل الاعطاء شرطا بخلافه مع على حتى انه اذا كان على الزوج دين لها وقعت المقاصة في مسئلة على ان تعطيني دون ان اعطيتني الا ان يرضى الزوج طلاقا مستقبلا بألف لها عليه وذلك لانه يقال على ان تعطيني منك لك او يراد قبوله في العرف قال تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون اي حتى تقبلوا للاجماع على ان بقبولها ينتهي الحرب معهم هذا ثم في قولهم ان اعطيتني يشترط الاعطاء في المجلس لوقوع الطلاق وفي قوله اذا او متى اعطيتني لا حاجة الى الاعطاء في المجلس وهذا يبين ان معنى المعاوضة ملاحظ وان ذكر تصريح الشرط وسنذكر نحوه من مختصر الحاكم واما الثاني وهو اشتراطه مجلسها فلانه معاوضة من جانبها حتى صح رجوعها اذا ابتدأت قبل قبول الزوج ولا يصح تعليقها ولا اضافتها والمبادلات تستدعي جوابا في المجلس فاذا لم تجب حتى قامت لم يعتبر قبولها اذ ذاك وفي جانبه هو يمين على ما سنذكره **فرع** قال لاجنبية انت طالق على ألف ان تزوجتك فقبلت ثم تزوجها لا يعتبر القبول الا بعد التزوج ولم يحك خلافا في جوامع الفقه وغيره وجعل هذا قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف اذا قبلت عند قوله ثم تزوجها طلقت

وقالا على كل واحد منهما الألف إذا قبل وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق وكذا إذا قالت طلقني ولك ألف ففعل [illegible]
كل واحد منهما لا لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فإن قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قوله بدرهم وله أنه جملة تامة
فلا ترتبط بما قبله إلا بدلالة إذ الأصل فيها الاستقلال ولا دلالة لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والإجارة لأنهما لا يوجدان دونه قال
ومن قال أنت طالق على ألف على أني بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فالخيار باطل إذا كان للزوج وهو جائز إذا كان للمرأة فإن ردت الخيار في الثلاث بطل وإن لم ترد طلقت ولزمها
الألف وهذا عند أبي حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الألف لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لأنه في جانبه يمين وفي جانبها شرط ولأبي حنيفة أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح
رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه أما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الأيمان

والحق قول أبي حنيفة لأنه خلع بعد التزوج فيشترط القبول بعده **قوله** ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف أو لعبده أنت حر وعليك ألف أو قالت هي أو العبد طلقني أو أعتقني ولك ألف في ابتدائه يقع الطلاق والعتق بمجرد ذكرهما ولا شيء له قبلا أو ردا وفي الثاني يقع إذا أجاب ولا شيء وقالا لا يقع شيء ما لم يقبلا فإذا قبلا وقع ولزمهما المال لهما أن هذا الكلام يقال لقصد المعاوضة حتى أن قوله للخياط خط ولك درهم وللحمال احمل ولك درهم يفيدها ويلزم المسمى المعاوضة بإرادة تسبب الخياطة والحمل لكنه ترك لإحاطة العلم بإرادته وظهور إفادة اللفظ لذلك أن تجعل الواو للحال فالمعنى أنت طالق أو خطه في حال وجوب الألف لي عليك أو لك علي ولا يتحقق هذا الحال إلا بقبوله فيتحقق فيثبت شرط الطلاق إذ الأحوال شروط فيقع عقيبه فيلزم المال فإن قيل إنما عرف ذلك للعلم بالمعاوضة لدلالة الحال عليه ولا كذلك هنا قلت الخلع أيضا معاوضة وله أن قوله وعليك وقولها ولك ألف جملة تامة والأصل في الجملة التامة أن تستقل بنفسها فلا يعتبر فيها ما اعتبر فيما قبلها من القيود وكذا لو قال إن دخل فلان الدار فأنت طالق وضرتك طالق تطلق الضرة للحال إلا بقرينة تفيد مشاركتها فيها كما في قوله إن دخلت فأنت طالق وعبدي حر فإن العتق متعلق أيضا بالدخول لأن قوله وعبدي حر وإن كان تاما إلا أنه في حق التعليق قاصر لأن الجزاء الأول لا يصلح خبرا له بخلاف مسئلة الضرة لأنه يكفيه أن يقول وضرتك إن كان عزمه التعليق لأن خبر الأول يصلح خبرا له ولا دلالة هنا لأن الطلاق والعتاق لم يلزم فيهما المال وضع عدم اللزوم فالكلام بدون قبول بدلهما استمرار بخلاف الإجارة لأنها لم تشرع إلا معاوضة فلا بد فيها من المال حتى لو قال للخياط خطه مقتصرا لزمه إذا خاطه أجرة المثل فوجب بقاء الواو على المعنى الحقيقي وهو العطف فيكون الزوج بعد الإيقاع عطف أخرى هي دعوى مال عليها ابتداء وفي قولها ولك ألف إيجاب صلة مبتدأة وعدا منها والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم فيبقى الطلاق والعتاق فيهما بلا بدل بخلاف قوله أد إلي ألفا وأنت حر لأن أول كلامه غير مفيد حكما معتبرا إلا بآخره إذ لا يشتغل لأمر بأداء من غير موجب والقرينة في حق العبد لا تبلغ هذا فيصير به تعليقا للعتق بأداء المال فيتوقف الوقوع عليه أما هنا فأول الكلام مفيد بدون آخره منه ظاهر وكذا منها لأنه التماس صحيح كثيرا بالتفرد ذكره فلا يتوقف على مضمون آخره وعلم أن جعلهم الواو للعطف يستلزم عطف الخبر على الإنشاء وهو ممتنع على ما ذكروه في الأصول فيجب أن يكون للاستئناف وإن ادعى أنها حقيقة فيها تبادر إليه المنع فيحتاج في ترجيحه على الحال إلى دليل والجواب أنا قلنا إن الواو للحال والاستئناف حاصل وبأحدهما يلزم المال وبالآخر لا فلا يلزم بالشك على أنا نمنع كون كون جملة أنت طالق الثانية وكذا أنت حر وقدمنا في باب إيقاع الطلاق الدلالة على أنها خبرية والطلاق يقع عنده شرعا بالتطليق الثابت ضرورة خارج إليه **قوله** فقبلت أي الطلاق على حكمه من التزام

وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت

المال والخيار فالخيار باطل اذا كان للزوج فبمجرد قبولها ذلك يقع الطلاق ويلزمها المال وهو جائز اذا كان للمرأة فلا يقع بقبولها حتى يسقط الخيار او تمضي الايام فاذا كان ذلك وقع ولزمها المال فان ردت الخيار في الايام بطل الطلاق ولزوم المال وهذا التفصيل كله عند ابي حنيفة ولا يخفى ان العبارة الجيدة ان يقال فان ردت اختيار الطلاق بان قالت لا اختيار الطلاق وعبارة قاضي خان فان ردت الطلاق وقالا الخيار في الوجهين باطل والطلاق واقع بمجرد قبولها وعليها المال وجه قولهما ان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لانه لم يشرع الا في عقد لازم كالبيع والكتابة لا للمنع من الانعقاد والتصرفات اعني ايجابه وقبولها لا يحتملان الفسخ من الجانبين اي لا منه ولا منها لانه في جانبه يمين اذ معناه تعليق الطلاق بقبولها المال وفي جانبها شرط اي شرط اليمين هذه تأويل الحلف فاذا قبلت كان ذلك وجود الشرط وشرط اليمين اذا وجدت لا يتصور فسخها فتعذر فسخها ولم يكن جعل الخيار مانعا من الانعقاد لما من فيبطل من الجانبين فاذا بطل لزم ما شرط فيه وله ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع يعني معاوضة فاذا صح رجوعها عنه اذا ابتدات قبل ان يقبل هو ولا يتوقف على ما وراء المجلس بالاتفاق بينهما حتى لو قامت فقبل هو او قامت ثم قبلت فيما اذا كان هو المبتدي لا يصح ولو ذكرته بصيغ الشرط في الكافي للحاكم ابي الفضل اذا قالت ان طلقتني ثلاثا فلك علي الف فان فعل في المجلس فله الالف وان فعله بعده فلا شيء له وفي جانبه يمين كما قالا حتى لا يصح رجوعه بعد قوله انت او هي طالق على كذا او بكذا ويتوقف على ما وراء المجلس فلا يبطل الا ان ينقضي مجلس خطابها او مجلس بلوغها الخبر قبل ان يقبل ويصح تعليقه واضافته حتى لو قال اذا جاء غد فقد خالعتك على الف او فقد طلقتك على الف وقبلت في الغد في مجلس علمها وقع ولزمها المال ولا يصح قبولها قبل الغد لان نفس الايجاب معلق بالشرط فهو معدوم قبله فلا يصح القبول قبل الايجاب فلا خيار في الايجاب فيبطل خياره ويصح في البيع فيصح خيارها وكونه شرط يمينه لا تبطل حقيقته في نفسه الا ترى انه لو قال ان بعتك فانت حر يكون نفس البيع شرط يمينه حتى يعتق بوجوده ولم يبطل به كونه معاوضة مستلزمة حكمها من وجوب التسليم والرد بالعيب وبالخيار بخلاف ما لو قال ان دخلت فانت طالق على انك بالخيار لا يصح لانه خيار في الطلاق لا معاوضة فان قيل ثبوت الخيار في البيع بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره فالجواب انا اثبتناه هنا بدلالة النص فان ثبوته في البيع لدفع الغبن في الاموال والغبن في النفوس اضر والحاجة الى التروي فيه اكثر فانه ربما يفوتها بذلك ازواج على وجه لا يحصل مثله ابدا وهذا المعنى يقف عليه كل لغوي بعد علمه لشرعيته في البيع فكان بدلالة النص **قوله** وجانب العبد في العتاق اي على مال كجانبها في الطلاق فيصح فيه شرط الخيار له اذا قال انت حر على الف على انك بالخيار ثلاثة ايام **فرع** من صور تعليق الخلع ان يقول ان دخلت فقد خالعتك على الف فتراضيا عليه فدخلت صح الخلع ذكره في ملاقط السنن من التجنيس لان التعليق من الزوج يجوز لانه طلاق وهذا يفيد ان قبولها قبل الشرط وفي الوجيز

فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه والاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه اما البيع فلا يتم الا بالقبول والاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه

اذا قال اذا قدم فلان فقد طلقتك على الف واذا جاء غد الى اخره كان القبول اليها بعد مجيء الوقت وقدوم فلان

قوله فالقول قول الزوج اي مع يمينه وحقيقة الفرق بين الصورتين ان قوله طلقتك امس على الف اقرار بمجرد اليمين لا بوقوع الطلاق اذ هو لازم وجود الشرط لا لازمه الموجود بعد هذا منه ومنها اختلاف في وجود الشرط وهي تدعيه لتثبت الطلاق وهو منكر وهو غير مناقض اذا لم يقتض رجوعه عن شيء مما اقر به والقول للمنكر بخلاف قوله بعتك فانه اقرار بقبول المشتري اذ البيع لا يقوم الا به فانكاره قبوله رجوع عما اقر به فلا يقبل حتى لو قال لها بعتك طلاقك امس فلم تقبل فقالت بل قبلت كان القول لها وقوله لعبده اعتقتك امس على الف فلم تقبل وبعتك امس نفسك بالف فلم تقبل على قياس قول الزوج لها ولهذه المسئلة اخوات في كتب محمد رح قال لها قد طلقتك واحدة بالف فقبلت فقالت انما سألتك ثلاثا بالف فطلقتني واحدة فلك ثلثها القول للمراة مع يمينها فان اقاما البينة فالبينة بينة الزوج وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع او قالت اختلعت بغير شيء فالقول قولها والبينة بينة الزوج اما اذا اتفقا انها سألت ان يطلقها ثلثا بالف فقالت طلقتني واحدة وقال هو ثلثا فالقول قوله ان كان في ذلك المجلس الا يرى انه لو قال لها انت طالق انت طالق في مجلس سؤالها بالثلاث بالف كان له الالف فغايته هذا ان يكون موقعا الباقي في المجلس فيكون مثله فان كان غير ذلك المجلس لزمه الثالث وان كان في العدة من المتفق عليه ولا يكون للزوج الا ثلث الالف وان قالت سألتك ان تطلقني على الف فطلقتني واحدة فلا شيء لك يعني على قول ابي حنيفة رح وقال هو بل سألتني واحدة على الف فطلقتكها فالقول قولها على قول ابي حنيفة رح وان قالت سألتك ثلثا فطلقتني في ذلك المجلس واحدة والباقي في غيره وقال بل الثلث فيه فالقول لها وان قالت سألتك ان تطلقني انا وضرتي على الف فطلقتني وحدي وقال طلقتها معك وقد انتهيا من المجلس فالقول لها وعليها حصتها من الالف والاخرى طالق باقراره وكذا ان قالت فلم تطلقني ولا اياها في ذلك المجلس وفي مسئلة خلع اثنتين بسؤال واحد تنبيه وهو انه اذا خالع امراتيه على الف كانت منقسمة على قدر ما تزوجها عليه من المهر حتى لو سألتاه طلاقهما على الف او بالف فطلق احداهما لزم المطلقة حصتها من الالف على قدر ما تزوجها عليه فان طلق الاخرى في ذلك المجلس ايضا لزمها ايضا حصتها لان الالف تنقسم عليهما بالسوية ولو طلقها بعدما افترقا فلا شيء له فاذا ادعت المراة الخلع وانكره الزوج فاقامت بينة فشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة او اختلفا في جنس الجعل فالشهادة باطلة وان كان الزوج هو المدعي للخلع والمراة منكرة فشهد احد شاهديه بالف والاخر بالف وخمسمائة والزوج يدعي الفا وخمسمائة جازت شهادتهما على الف وان ادعى الفا لم تجز شهادتهما ولزمه الطلاق باقراره وكذا لا تجوز شهادتهما

قال والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يسقط فيهما إلا ما سمياه وأبو يوسف رحمه الله معه في الخلع ومع أبي حنيفة رحمه الله في المبارأة لمحمد رحمه الله أن هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير

إذا اختلفا في جنس البدل أيضاً الكل من مختصر الحاكم أبي الفضل لكلام محمد رحمه الله ولو اختلفا في مقدار العوض فالقول عندنا وعن الشافعي يتحالفان **قوله والمبارأة كالخلع** بفتح الهمزة مفاعلة من البراءة وترك الهمزة خطأ في المغرب وهو أن يقول بارأتك على ألف فتقبل وقوله يسقطان كل حق أي لكل على آخره مقيد بالمهر والنفقة الماضية إذا كانت مفروضة بخلاف نفقة العدة والسكنى في العدة لا تقع البراءة منها وإن كانا من حقوق النكاح بل للمختلعة النفقة والسكنى إلا أن اختلعت على نفقة العدة فتسقط دون السكنى لأنها حق الشرع وإطلاق جواب المسألة يقتضي سقوط المهر في جميع الصور سواء سميا شيئاً في الخلع أو لا وليس كذلك وجملته أنهما إما أن لا يسميا شيئاً بأن يقول خالعتك فقبلت ولم يذكر شيئاً أو سميا المهر أو بعضه أو مالاً آخر فإن لم يسميا شيئاً ففيه ثلاث روايات أحدها لا يبرأ الزوج عن المهر حتى تأخذه إن لم يكن مقبوضاً والأخرى يبرأ كل منهما عنه وعن دين آخر سواء والثالثة يبرأ كل منهما عن المهر لا غير فلا يطالب به أحدهما الآخر وهو الصحيح على قول أبي حنيفة سواء كان قبل الدخول أو بعده مقبوضاً كان أو لا حتى لا ترجع عليه بشيء إن لم يكن مقبوضاً ولا يرجع الزوج عليها به إن كان مقبوضاً كله والخلع قبل الدخول وهذا لأن المال مذكور عرفاً بالخلع فحيث لم يصرح به لزم ما هو من حقوق النكاح بقرينة أن المراد الانخلاع منه وإن سميا المهر فإن كان بعد الدخول وليس مقبوضاً سقط عنه كله وإن كان مقبوضاً رجع عليها بجميعه بالشرط وإن كان قبل الدخول فإن كان مقبوضاً ففي القياس يرجع عليها به وبقدر نصفه كله بالشرط ونصفه بالطلاق قبل الدخول حتى لو كان ألفاً رجع بألف وخمسمائة وفي الاستحسان بالمقبوض فقط لأن المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو نصف المسمى قبل الدخول فيجب عليها رده بالشرط ورد النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول لأنها قبضت ما لا تستحقه فيجب عليها رده كذا ذكره قاضي خان قيل وينبغي أن لا يجب إلا النصف بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع كما إذا خالعها على مال آخر قبل الدخول وقد قبضت كل المهر لا يجب عليها رد شيء منه وسيأتي وكذا إذا سميا بعض المهر فإنه يجب عليه المسمى بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع ولكن قد يقال ينبغي أن يجب كل المسمى بالشرط لأن المهر اسم لما صحت تسميته في العقد غير أنه سقط نصفه بالطلاق قبل الدخول رجع عليها بكله بالشرط وإن لم يكن مقبوضاً ففي القياس يسقط عنه كله ويرجع عليها بخمسمائة لأنه يستحق قدره بالشرط وهي تستحق عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصاً بقدره ويرجع عليها بالزائد وفي الاستحسان لا يرجع عليها بشيء لما أن المهر اسم لما تستحقه وهو خمسمائة فحملنا ذلك ويجب له مثله عليها بالشرط فيلتقيان قصاصاً وإن سميا بعض المهر بأن خالعها على عشره مثلاً والمهر ألف فإن كان بعد الدخول كله مقبوض رجع عليها بمائة بالشرط وسلم الباقي لها وإن كان غير مقبوض سقط عنه كله مائة بالشرط والباقي بحكم الخلع وإن كان قبل الدخول وكله مقبوض ففي القياس يرجع عليها بستمائة بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان يرجع عليها بخمسين لأنه

ولابي يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين . وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض . اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نقض النكاح ولا ضرورة الى انقطاع الاحكام . ولابي حنيفة رح ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها

عشر مهرها قبل الدخول وبرئت المرأة عن الباقي بحكم لفظ الخلع وعلى ما بحثناه ينبغي ان يرجع بأته وان لم يكن مقبوضا سقط كله استحسانا عشرة بدل الخلع والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقي بحكم الخلع وان سميا مالا آخر غير المهر فان كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى ليس غيره وان لم يكن مقبوضا فله المسمى وسقط عنه المهر بحكم الخلع وان كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى وسلم لها ما قبضت ولا يجب عليها رد شئ منه وان لم يكن مقبوضا فله المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع اذا عرفت هذا جئنا الى الخلافية وجه قول محمد رح ان هذه معاوضة واثر المعاوضة ليس الا في وجوب المسمى لا في اسقاط غيره وصار كما اذا وقع بلفظ الطلاق على مال ولهذا لا يسقط دين آخر ولا نفقة العدة وان كانت من آثار النكاح مع ان النفقة اضعف من المهر ولابي يوسف ان المبارأة من البراءة فتقتضي البراءة من الجانبين انه مطلق في كل دين الا انا قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض فان الغرض المبارأة من متعلقاته اما الخلع فانما يقتضي فصلا وانخلاعا وحقيقته تحقق في حق النكاح غير متوقفة على سقوط المهر ولابي حنيفة رح ان الخلع شرعا لقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح فتمام تحقق مقصوده بجعله مسقطا الواجب بسبب تلك الوصلة فيسقط المهر والا عادة على موضوعه بالنقض لان لفظه ولفظ المبارأة يفيد اطلاقهما ذلك في المبارأة كما قال ابو يوسف ولفظ الخلع يفيد انخلاع كل منهما عن الآخر ومن احدهما بعينه فانه اذا انخلع احدهما عن الآخر على وجه الكمال بان يخلع من كل وجه انخلع الآخر كذلك وثبوته على هذا الوجه بسقوط مطالبة كل منهما الآخر بموجب النكاح بخلاف لفظ الطلاق فانه ليس فيه ما يدل على سقوط الحقوق الواجبة بالنكاح على ان على رواية الحسن عن ابي حنيفة رح ان الطلاق على مال كالخلع يسقط به ما يسقط بالخلع وبخلاف دين آخر لان شرعية الخلع لقطع النزاع الحاصل بسبب وصلة النكاح لا مطلقا وبخلاف نفقة العدة فانها ليس من موجب النكاح بل سيحدث تعلق وجوبها بعده حتى لو شرطا سقوطها في الخلع سقطت باعتبار المستحقة وقت الخلع والباقي سقط تبعا في ضمن الخلع اما لو لم يسقطها حتى اختلعت ثم اسقطت لا يسقط لا اسقاطها قصدا الا لم يجب فانها انما تجب شيئا فشيئا بخلاف ذلك لا اسقاط النفقة واما السكنى فلما كانت في غير بيت الطلاق معصية لا يصح اسقاطها بحال الا ان ابرأته عن مؤنة السكنى بان كانت ساكنة في بيت نفسها او تعطى الاجرة من مالها فيصح التزامها ذلك وفي القنية الابراء عن بعد وجود سبب النفقة فيصح وان لم تكن واجبة عنده قيل ما سبق هو الصحيح وما ذكر في القنية يبطل الابراء بعد الخلع فانه لا يصح لكن في الينابيع لو ابرأته عن نفقة العدة بعد الخلع صح قال كذا ذكره الطحاوي انتهى بخلاف الابراء منها حال قيام النكاح لان الابراء من النفقة المستقبلة لا يصح هذا ولقائل ان يقول الوجه الاول يقتضي سقوط المهر بالطلاق على مال والثاني يوجب كون لفظ الطلاق مطلقا مسقطا له لانه يفيد انطلاقها وانطلاقها عن الزوج يوجب مثله في حقه وتحقق حقيقة الانطلاق لكل منهما عن الآخر على الكمال بقطع مطالبة كل الآخر بموجب النكاح كما قلنا في الخلع بعينه فالذي يظهر

لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم

من جهة الدليل ترجح الوجه الاول والتزام رواية الحسن عن ابي حنيفة في الطلاق على مال انه ايضا يسقط المهر كالخلع والا فما قال لما علمت ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء اي قال بعتك نفسك بالف فقالت اشتريت اختلف المشايخ في انه على قول ابي حنيفة كالخلع والمباراة اولا وصحح في الفتاوى الصغرى انه كالخلع والمباراة وترجيح قول محمد يرجح بانه عقد معاوضة فلا تزداد على ما تراضيا عليه واللفظ وان كان ينبئ عن الفصل فالفصل وجد على مقدار رضائه فكيف يسقط غيره وهو بمعزل عن التحقيق فانه اذا انبأ عن الانفصال في متعلقات النكاح واقتضى لذلك ان يسقط مطالبة كل الآخر بالمهر ثم وقع التراضي على اثباته بمال فقد وقع التراضي على اثبات سقوطها ملك النكاح والمهر بذلك المال فيثبت بمقتضاه مع ذلك المال بالضرورة تنبيه لا يسقط المهر بخلع الاجنبي بمال نفسه لانه لا ولاية للاجنبي في اسقاط حقها كذا ذكره شمس الائمة وكذا الامة اذا اختلعت من زوجها بغير اذن المولى يقع الطلاق ولا يسقط المهر بخلاف ما اذا كان باذنه فيسقط وتباع في بدل الخلع وفيما اذا كان بغير اذنه لا تطالب به الا بعد العتق وام الولد والمدبرة في الاذن يؤديان من كسبهما **فرع** اذا شرطا بدلا للخلع البراءة من نفقة الولد وهي مؤنة الرضاع ان وقتا لذلك وقتا كسنة مثلا صح ولزم والا لا يصح وفي المنتقى ان كان الولد رضيعا صح وان لم تبين المدة وتترضع حولين انتهى بخلاف الفطيم وفي الخلاصة امرأة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى ان تمسك ولدها منه ثلث سنين او عشرا بنفقتها صح الخلع ويجب ذلك وان كانت النفقة مجهولا ينبغي قدر النفقة وهذا لما علمت ان الجهالة غير المتفاحشة محتملة في الخلع فان تركته على زوجها وهربت فللزوج ان يأخذ قيمة النفقة منها ولها ان تطالبه بكسوة الصبي الا ان اختلعت على كسوته ونفقته فليس لها وان كانت الكسوة مجهولة وسواء كان الولد رضيعا او فطيما ولو اختلعت على دراهم ثم استأجرها ببدل الخلع على ارضاع الرضيع جاز ولو استأجرها على امساك الفطيم بنفقته وكسوته لا يجوز وفي المحيط ذكر ابن سماعة عن محمد في امرأة اختلعت من زوجها بما لها عليه من المهر وبرضاع ولده الذي هي حامل به اذا ولدته الى سنتين جاز فان ماتت او لم يكن في بطنها ولد ترد قيمة الرضاع ولو مات بعد سنة ترد قيمة رضاع سنة وكذا اذا ماتت هي يلزمها قيمة انتهى ولو كانت قالت عشر سنين رجع عليها باجرة رضاع سنتين ونفقة باقي السنين الا ان قالت عند الخلع ان مات او مت فلا شيء لي عليك فهو على ما شرطت قاله ابو يوسف ولو اختلعت على ان تمسكه الى وقت البلوغ صح في الانثى لا الغلام واذا تزوجت فللزوج ان يأخذ الولد ان تركه عندها وان اتفقا على ذلك لان هذا حق الولد وينظر الى مثل امساك الولد في تلك المدة فيرجع به عليها ولو اختلعت على ارضاعه ثم صالحت الزوج على شيء يصح ولو خالعته على نفقته ولده عشرا وهي معسرة فطالبته بنفقتها يجبر عليها وما شرط حق عليها وعليه الاعتماد لا على ما افتى به بعضهم من سقوط النفقة ولو خالعها بما لها عليه من المهر ثم تذكر ان لم يبق عليه شيء من المهر وقع ووجب عليها رد المهر وكذا لو خالعها على عبدها الذي لها عنده او متاعها ثم ظهر ان ليس في يده شيء وقع على مهرها فان لم يكن قبضته سقط وان قبضته ردته الى او مثله وقيمته ولو خلعها بمهرها وهو يعلم ان ليس لها عليه مهر وقع في الخلع بائنا وفي الطلاق رجعيا مجانا ولو كان طلقها بمهرها فقبلت والزوج يعلم ان لا مهر لها يقع رجعيا **قوله لم يجز عليها**

بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية وفي رواية لا يقع والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بسائر التعليق وان خالعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف على الاب لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة فان قبله الاب عنها ففيه روايتان

يحتمل عدم وقوع الطلاق بسؤال الاب لانه لم يضمن بدل الخلع فصار كان الزوج خاطب البنت بالخلع فيتوقف على قبولها وان كانت صغيرة ويحتمل عدم لزوم المال بعد وقوع الطلاق فلما صرح بان لا صح وقوعه تعين ان المراد الثاني وهذا لانه لا نظر لها فيه اذ البضع حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم فاعطاء المتقوم من مالها بعوض غير متقوم الا كا لانه في معنى التبرع بمالها **قوله** بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول فلو زوج ابنه الصغير بمهر المثل جاز عليه ولزم المهر في مال الابن لانه اعطى المتقوم من ماله بمتقوم **قوله** ولهذا يعتبر خلع المريضة متصل لكون البضع غير متقوم حالة الخروج وقد مناه في اول الباب ان الواجب للزوج ان ماتت في العدة الاقل من ميراثه ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت في العدة فان ماتت بعدها او كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان خرج من الثلث **قوله** ونكاح المريضة الخ متصل بانه متقوم حال الدخول **قوله** والاول اصح نص عليه في المنتقى ووجهه ما ذكر من انه تعليق بقبول الاب وقد وجد الشرط وبما ذكر من وجه الرواية الاخرى من ان الاب لما لم يضمن المال صار كانه خاطب الصغيرة فيتوقف على قبولها وان لم يلزمها المال وما قيل ان الخلع في معنى اليمين والايمان لا تجري فيها النيابة فالملازمة ممنوعة وكون الموجود من الاب يمينا غير صحيح بل مجرد الشرط وشرط اليمين يصح من كل احد هذا ان قبل الاب فان قبلت وهي عاقلة تعقل ان النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال وفي جوامع الفقه طلقها بمهرها وهي صغيرة عاقلة فقبلت وقعت طلقة ولا يبرا وان قبل ابوها او اجنبي روى هشام عن محمد انه يقع وروى الهندواني عن محمد لا يقع ولو بلغت فاجازت جاز **قوله** على انه اي الاب ضامن المراد من الضمان هنا التزام المال لا الكفالة عن الصغيرة لعدم وجوب المال عليها فالخلع واقع سواء خلعها الاب على مهرها وضمنه او الالف مثلا فيجب الالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب وانه يملك التصرف في نفسها ومالها بالاقراض والايداع والاجارة والايضاع اولى بخلاف بدل العتق لا يجوز اشتراطه على الاجنبي لانه يحصل به للعبد ما لم يكن حاصلا وهو اثبات الاهلية وهو القوة عن ذلك الاسقاط بخلاف اسقاط الملك في الخلع لا يحصل عنه للمراة ما لم يكن حاصلا قبل فصار الاجنبي والاب مثلها في انه لم يحصل له شئ بخلاف العبد فانه حصل ما ذكرنا له والعوض لا يجب على غير من يحصل له المعوض فصار كثمن المبيع الا ان البيع يفسد بالشروط الفاسدة والخلع لا يفسد بها ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل في ولاية الاب فاذا بلغت تاخذ نصف الصداق ان كان قبل الدخول وكله ان كان بعده من الزوج ويرجع هو على الاب الضامن او ترجع على الاب ولا يرجع هو على الزوج ولو كان المهر عينا اخذته من الزوج كله ان كان بعد الدخول ونصفه ان كان قبله ويرجع الزوج على الاب الضامن بقيمته **قوله** وان شرط اي لو شرط الزوج الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان تكون مميزة وهو ان تعرف ان النكاح جالب والخلع سالب فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط وهو قبولها ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة والبينونة بالخلع يعتمد القبول دون لزوم المال الا يرى الى بينونة بدون شئ اذا سمت

وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب عنها ففي الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت اي وجد قبوله وهو الشرط والزمه خمسمائة استحسانا

ثم اراد بنحوه وان قبله الاب بدونه عنها ففي وقوع الطلاق روايتان في رواية يصح لانه نفع محض اذ تخلص من عهدته بلا مال ولذا لو اسلمها فصار كقبول الهبة وفي اخرى لا يصح لان قبولها شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الاصح **قوله** وكذا ان خالعها اي خالع الصغيرة الزوج على مهرها ولم يضمن الاب توقف على قبولها ان كانت على ما قلنا اتفاقا فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ووقع الطلاق بائنا ولا يسقط المهر وان قبله الاب فعلى الروايتين ما لم يضمنه فان ضمنه صح ووقع الطلاق لوجود الشرط وعرف من هذا ان الصغيرة العاقلة اذا قبلت الخلع من زوجها صح الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا يلزم المال هذا ثم قيل تاويل المسئلة ان يخالعها على مال مثل مهرها اما على مهرها فلا يجوز لان الاب ليس له ولاية ابطال ملكها بمقابلة ما ليس بمتقوم ولا يعتبر ضمانه والاصح ان الخلع على مهرها كالخلع على مال آخر لان العقد يتناول مثله لا عينه وضمان الاب اياه صحيح ثم ينظر ان كان مهرها الفا والخلع قبل الدخول وهي المراد بمسئلة الكتاب لزمه خمسمائة وفي القياس يلزمه الالف واصله ان الكبيرة اذا اختلعت على مهرها وهو الف قبل الدخول وقبل قبضه في القياس يجب خمسمائة لانه وجب له عليها الالف بالشرط وهي وجب لها خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره فيبقى عليها خمسمائة له وفي الاستحسان لا يجب عليها قبل القبض شيء لان المهر يراد به عرفا ما تستحقه المرأة وهو نصف المهر فيسقط عن الزوج ولا بعد تجب خمسمائة له بالشرط وتبرأ عن الباقي بحكم الخلع هذا على خلاف ما ذكره قاضي خان وقد قدمنا الاقسام كلها واذا عرفت هذا علمت ان الصواب ان يقول اذا خلعها على مهرها وهي الف لا كما قال على الف وهو مهرها فانه اذا خلعها كذلك يكون من الخلع على مال آخر غير انه اتفق انه مثل المهر والاثر لذلك والحكم فيه ان كان قبل الدخول وجوب المسمى له وسقوط المهر عنه ان لم يكن مقبوضا وسلامته لها ان كان مقبوضا لا يرجع عليها بشيء كما قدمناه في التقسيم واذ قد وقع الكلام في خلع الاجنبي فلا بد من ذكر نبذة منه واعلم ان الاجنبي اذا خاطب الزوج فاما ان يضيف البدل الى نفسه على وجه يفيد ضمانه او ملكه اياه او يرسله او يضيفه الى غيره فان اضافه الى نفسه كذلك بان قال اخلعها على عبدي هذا او الفي هذا او على الف او على اني ضامن فعل فالخلع واقع والمسمى عليه فان استحق لزم قيمته ولا يتوقف على قبولها لانه انما يتوقف على من يجب عليه البدل لا من يقع عليه الطلاق ولا الى قبوله بل يكفي ذلك الامر منه لان الواحد يتولى طرفي الخلع كما في النكاح بخلاف ما لو قال اختلعت لنفسك مني فقالت فعلت قيل لا يصح بلا قبول الزوج والمختار انه يصح ان اراد به التحقيق دون السوم فان قلت ما الفرق بين تسمية الاجنبي وسيد الامة المنكوحة لعبد او حر فانه اذا خلعها من الزوج على عبده فاستحق لا يضمن قيمته بل تجب قيمة العبد على الامة حتى تباع فيه لظهور الدين في حق السيد فالجواب ان قبول الخلع هنا وجد منها حكما بسبب ولاية السيد عليها فكان قبوله كقبولها فكان الدين عليها الا ان السيد التزم خصوص الادل فاذا فات عاد اليها وهو ظاهر في حق السيد فيباع فيه الا ان يفديه بها واذا ثبت ان كان عليها دين بدئ به لان دين الخلع اضعف اما لو خلعها على رقبتها وهي تحت عبد صح فلو ضمن المولى الدرك في جميع ذلك فالمطالبة على المولى لالتزامه دونها لا قبل العتق ولا بعده ولان القبول انما يشترط لوجوب البدل لا لوقوع

ان لت

الف على او

ردّ الباقي بل يلزمها الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت

الطلاق وان ارسله بان قال على الف او على هذا العبد توقف على قبول المرأة لان البدل لم يضف الى احد
فان قبلت لزمها تسليمه او قيمته ان عجزت وان اضافه الى غيره بان قال على عبد فلان اعتبر قبول فلان لان البدل
اضيف اليه وكذا لو قال الزوج لرب العبد خلعت امرأتي على عبدك لان العبد اضيف اليه ولو كان الزوج قال لها
خالعتك على عبد فلان او قالت هي اخلعني على دار فلان توقف على قبولها لان الخطاب جرى معها فكانت هي العاقدة
في العقد ولو قالت اخلعني على الف على ان فلانا ضامن فاجاب فالخلع معها لانها العاقدة ويتوقف ضمان فلان على قبوله
ولو وكلت من يخلعها بالف ففعل فالمال عليها دون الوكيل لان حقوق العقد في الخلع ترجع الى من عقد له لا الى
الوكيل ولو ضمنه الوكيل لزمه واذا ادى رجع عليها لانه يملك الخلع من مال نفسه ففائدة امرها به الرجوع عليها
بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن فادى لا يرجع على الزوج الا اذا ضمن بامره لان فائدة الامر جواز النكاح لانه لا يملك
النكاح بغير امره والخلع عن وضع العقد كالخلع في جميع ما ذكرنا **فروع** تتعلق بالباب المختلعة يلحقها صريح الطلاق
عندنا وقد تقدم فيما سلف وبه قالت الظاهرية وهو قول ابن مسعود وعمران بن الحصين وابي الدرداء وسعيد
بن المسيب وشريح وطاوس والزهري والنخعي والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثوري وعند مالك والشافعي
واحمد لا يلحقها ولا تبنا ولها الطلاق في قوله نسائه طوالق عندهم ولو قال لها الكنايات التي يقع بها الرجعي
مثل اعتدي استبرئي رحمك انت واحدة ينوي الطلاق يقع عليها طلقة بائنة عند ابي حنيفة رحمه الله
وابي يوسف رح خلافا لمحمد رح لهم ما روي انه عليه الصلوة والسلام قال المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق وان كانت
في العدة ويروى عن ابن عباس رض ولنا ما رواه ابو يوسف رح باسناده في الامالي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال
المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وحديثهم لا اصل له ذكره سبط ابن الجوزي في ايثار الانصاف امرأة
قالت خلعت نفسي منك بالف ثلث مرات فقال الزوج رضيت او اجزت كان ثلثا بثلاثة آلاف خلع امة على رقبتها
وزوجها عبد او حر او مكاتب صح لانها تصير ملكا للمولى ولو كان حرا لا يصح لانه لو صح ملكها فيبطل النكاح
ومتى يبطل بطل الخلع لكنه يقع طلاق بائن لانه لبطلان البدل صريح لفظ الخلع وهو طلاق بائن تحت حر امتان
دخل بهما فخلعهما سيدهما على رقبة الصغرى فالخلع واقع على الكبرى وبطل الخلع في التي خلع على رقبتها
وهي الصغرى لانه امكن تصحيح الخلع في الكبرى لان الطلاق لم يقارن ملك الزوج فيها الا في الصغرى
لان الطلاق في حقها يقارن ملك الزوج لبعض رقبتها فتنقسم الصغرى على مهريهما لانه خلعهما بدلا عن طلاقهما
فما اصاب مهر الكبرى فهو للزوج وما اصاب الصغرى يبقى للمولى ولو خلع كل منهما على رقبة الاخرى
طلقتا مجانا لان ملك رقبة كل منهما يقارن طلاقها فصح الخلع في حق الطلاق ولا يسلم للزوج شيء من
البدل امرأة لها ابنا عم وهما وارثاها تزوجت احدهما ودخل بها ثم خلعت بمهرها في مرض موتها ولا مال

قبل الدخول بالف بمهرها الف في القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان

لما غيره وما ثبت في العدة فما لم يعتبر مبنيا ولا يعتبر من الثلث فلا يصح ذكر البدل في حق الوارث فبقي لفظ الخلع فتبين
وليشانان بالقرابة فلو كان طلقها على مهرها وماتت في العدة فهو طلاق رجعي فله النصف بميراث الزوجية
والباقي بينهما نصفين **قاعدة في الطلاق** على مال الاصل انه متى ذكر طلاقين وذكر عقيبهما مالا يكون مقابلا
بهما اذ ليس احدهما بصرف البدل اليه اولى من الآخر الا اذا وصف الاول بما ينافي وجوب المال فيكون المال
حينئذ مقابلا بالثاني ووصفه بالمنافي كالتنصيص على ان المال بمقابلة الثاني ولو ان منشرطا لوجوب المال
على المرأة حصلت البينونة لانها انما تلتزمه لتملك نفسها فلو قال لها انت طالق الساعة واحدة وغدا اخرى بالف
او قال لها انك طالق غدا اخرى بالف او قال اليوم واحدة وغدا اخرى رجعية بالف فقبلت تقع واحدة
مجانا في الحال وغدا اخرى بغير شيء الا ان يعود ملكه قبله لانه جمع بين تطليقة منجزة وتطليقة مضافة الى الغد
وذكر عقيبهما مالا فانصرف اليهما الا ترى انه لو ذكر مكان البدل استثناء ينصرف اليهما فيقع اليوم واحدة
مجانا فاذا جاء غد يقع اخرى لوجود الوقت المضاف اليه ولا يجب شيء لان شرط وجوب المال بالطلاق الثاني
حصول البينونة ولم تحصل لحصولها بالاولى حتى لو نكحها قبل مجيء الغد ثم جاء الغد تقع اخرى بجناية لوجود شرط
وجوب المال ولو قال انت طالق الساعة واحدة رجعية او بائنة او بغير شيء على انك طالق غدا اخرى بالف تقع
في الحال واحدة مجانا وغدا اخرى بالالف لتعذر الصرف اليهما لانه وصف الاولى بما ينافي وجوب المال الا ان في
قوله بائنة يشترط التزوج لوجوب المال بالثاني ولو قال انت طالق ثلثا للسنة بالف فقبلت يقع في الطهر الاول
واحدة بثلث الالف وفي الطهر الثاني اخرى مجانا لانها بانت بالاولى ولا يجب بالثانية المال الا اذا نكحها
قبل الطهر الثاني فحينئذ تقع اخرى بثلث الالف وفي الطهر الثالث كذلك والله سبحانه وتعالى اعلم **فرع**
لو خالعها ولم يذكر العوض ذكر شمس الائمة انه برئ كل عن صاحبه قال خواهر زاده هذا احدى الروايتين عن ابي حنيفة
وهو الصحيح فان لم يكن على الزوج مهر فعليها رد ما ساق اليها من المهر لان المال مذكور عرفا بذكر الخلع وفي رواية
عن ابي حنيفة وهو قولهما لا يبرأ احدهما عن صاحبه ولا يبرأ عن نفقة العدة ومؤنة السكنى في قولهم جميعا
الا اذا شرطا في الخلع نقله في الخلاصة وكذا ذكره السغدي اعني رد المهر وذكر في الوجيز فيما اذا قال اختلعي
ولم يذكر البدل فقالت اختلعت عن خواهر زاده انه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعا كانه قال طلقي نفسك طلاقا
بائنا فقالت طلقت ثم استشكله على ما حكي عنه من رد ما ساق اليها من الصداق اذا كان مقبوضا اذ لم يجعل كانه
قال طلقتك بائنا لكن هذا مذكور في غير موضع ذكره في التجنيس اذا قال اختلعي فقالت اختلعت تطلق وفرق بينه
وبين ما اذا قال اشتري نفسك مني فقالت اشتريت لا تطلق بان اختلعي امر بالطلاق بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق
بامر الزوج بخلاف اشتري نفسك لانه امر بالخلع الذي هو معاوضة اذا لم يكن البدل مقدرا فان قدره بان قال بمهرك

لا شيء عليها لانه [illegible] صل ما يلزمها

ونفقة عدتك فقالت اشتريت صح على رواية وهو المختار وقيد بالرواية الاخرى ما ذكر في غير موضع انه اذا قال اشتري نفسك مني بكذا فقالت اشتريت لا يقع ما لم يقل الزوج بعت وكذا الروايتان فيما اذا قال اختلعي مني بكذا وذكر مالا مقدرا فقالت اختلعت في رواية كتاب الطلاق لا يصح ما لم يقل الزوج خلعت وفي رواية كتاب الوكالة تصح ويبرأ الزوج عن المهر وهو الاصح واما الجواب عن الاشكال فيحمل سقوط المهر وعدمه لا فيما اذا لم ينو به كونه خلعا بغير مال وجعل كونه طلاقا بائنا بلا مال على ما اذا نوى به كونه بلا مال وهذا لان مطلق الخلع ينصرف الى الفرقة بعوض فيحمل عليه الا بموجب فاذا لم يسميا مالا انصرف الى المهر الا ان ينوي خلافه يدل على هذا ما في المنتقى قال ابو يوسف اذا قال لها اخلعي نفسك فقالت قد خلعت نفسي لا يكون خلعا الا على مال الا ان ينوي بغير المال ولا فرق بين خلعتك وخالعتك فاذا قال خالعتك ونوى به الطلاق يقع ولا يبرأ الزوج عن المهر وعلى هذا فلا يلزم هذا الحكم الا اذا اتفقا على عدم النية ومما يوجب حمله على مجرد الطلاق التصريح بنفي المال كما اذا قال اخلعي نفسك مني بغير شيء فالخلع واقع بلا مال لانه صرح بنفي المال نقله عن محمد والطلاق والطلاق بائن وعلى ما ذكرنا من ان حقيقته ما فيه المال لو قال لاجنبي اخلع امرأتي لم يملك تخليعها بلا عوض ولم يجعل كقوله طلقها بائنا ولو قال اختلعي على مال ان شئت ولم يقدره فقالت اختلعت على الف لا يصح ما لم يقل الزوج خلعتك او نحوه فرق بين هذا وبين ما اذا قال الزوج اخلعي نفسك مني بالف والباقي بحاله حيث يتم والفرق ان التفويض في المسئلة الاولى لم يصح لان البدل مجهول فلو صح صار الواحد مستبدا باستيفائهما وهذا مفقود في الثانية فلو لم يصح لمضادة الحقوق وحقوق العقد لا ترجع الى الوكيل اذا لقنها اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة بالعربية وهي لا تعلم معناه او لقنها ابرأتك من نفقة العدة قيل يصح والا لا يصح لان التفويض كالتوكيل لا يتم الا بعلم الوكيل والابراء عن نفقة العدة والمهر وان كان اسقاطا لكنه اسقاط يحتمل الفسخ فصار شبه البيع والبيع وكل المعاوضات لا بد فيها من العلم وهذه صورة كثيرا ما تقع قالت ابرئني من كل حق يكون للنساء على الرجال فقال ابرأتك من كل حق يكون للنساء على الرجال فقال في فوره طلقتك وهي مدخول بها يقع بائنا لانه بعوض اذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة ما دامت في العدة لانها لم يكن لها حق حال الخلع فقد ظهر ان تسمية كل حق لها عليه وكل حق يكون للنساء صحيحة وينصرف الى القائم لها اذ ذاك وبعض المشايخ يقول لا يصح هذه للجهالة وهذا عندنا عموم لا اجمال ولو تزوجها على الف ثم طلقها بائنا ثم تزوجها ثانيا على الف ثم اختلعت منه على مهرها لا يبرأ الزوج الا عن الثاني دون المهر الاول ولو جاء رجل الى آخر فذكر انه وكيل امرأته في خلعها فخلعها على الف فانكرت التوكيل فان كان ضمن المال للزوج وقع الطلاق وعليه البدل وان لم يكن ضمن فان صدقها الزوج على انها ما وكلته وقع الطلاق ولم يجب له مال وان لم يدع ذلك لا يقع الطلاق لانه ظهر ان الخلع موقوف على قبولها فان كان الزوج ادعى [illegible] بالف قال الصفار يقع الطلاق ضمن له المهر او لا لان الفضولي اشترط الضمان وقال ابو بكر الاسكاف هذا وخلع سواء وعليه الفتوى ولو ادعى الارسال من امرأة الرجل اليه في ان يطلقها او يمسكها فقال الزوج لا امسكها بل طلقها فقال الرسول ابرأتك من جميع ما لها عليك فطلقها فانكرت المرأة امرها بالابراء والرسول يدعيه فان ادعى الزوج رسالتها او وكالتها اياه وكذبته وقع وهي على حقها وان لم يدع فان كان الرسول

باب الظهار

قال ابراءتك من حقها عليك على ان تطلقها فالطلاق غير واقع لان وقوع الطلاق بالمهر متوقف على اجازتها وان لم يقل على ان تطلقها فالطلاق واقع وهي على حقها وهذه في امر الحكمين لما كان بسبب الخلع الشاقة وجب ذكر امر الحكمين فيه وهو منصوص عليه في كتاب الله تعالى قال الله عز وجل وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ضمير يريدا للحكمين وضمير بينهما للزوجين وقيل للحكمين ايضا وقيل الضميران للزوجين والاولى ان يكون الحكمان من اهلهما كما ذكره الله سبحانه وتعالى لو لم يكونا كان اولى لانهما اخبر بباطن امرهما واشفق عليهما وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك يشترط كونهما من اهلهما الا ان لا يوجد من اهلهما من يصلح لذلك وقلنا المعنى المفهوم الذي لاجله صار عن تعيين كونهما من اهلهما والمراد ذلك ثم قول الحكمين نافذ في الجمع والتفريق بتوكيلهما عندنا وبه قال الشافعي في الاصح واحمد وهو قول عطاء وقتادة والحسن وابي ثور وقال مالك قولهما في ذلك نافذ من غير توكيل وهو قول الاوزاعي واسحاق وروي عن عثمان وعلي قلنا ليس للحكم ان يطلق ولا يبرأ من المال فكيف يفعل ذلك نائبه وفي احكام القرآن للرازي عن سعيد بن جبير يعظها الزوج فان انتهت والا هجرها فان انتهت والا ضربها فان انتهت والا رفع امرها الى السلطان فيبعث حكما من اهله وحكما من اهلها وايهما كان الظالم رده الى السلطان فاخذ فوق يده كالعنين والمجبوب والحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما ولو ادعى النشوز او ادعت هي ظلمه وتقصيره في حقوقها يفعل الحكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق وليس لهما ان يجمعا ولا ان يفرقا بغير امرهما وما زعم اسمعيل المالكي من ان ابا حنيفة واصحابه لم يعرفوا امر الحكمين اخبار بالنفي لعدم العلم والاولى بالانسان حفظ اللسان وما قال الوكيل لا يسمى حكما ممنوع بل الوكالة قد تسمى حكومة فقبول قولهما عليهما والحكمان يقضيان امر الزوجين فاذا قصدا الحق وفقهما الله للصواب وهما موكلان للجمع والتفريق فليهما الاجتهاد وطلب الخير لهما وكلما روي عن السلف ان فعل الحكمين جائز عليهما فهو محمول على رضاهما اذ لم يعرفوا على انه جائز بغير رضى الزوجين ومذا لانه غير جائز لهما ان يطلقا امرأة الغير بغير اذنه ولا ان يدفعا مالا بغير اذن صاحبه بخلاف قضاء دينه اذا امتنع منه لان ذلك ايصال الحق الى مستحقه ولا حق للزوج في مالها قال تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقال عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه والحكمان انما تبعثا ليصلحا وليعلما الظالم منهما فينكرا عليه ظلمه واذا لم يقبل اعلما الحاكم ليدفع ظلمه فالحكمان شاهدان في حال ويصلحان في حال اذ فوض اليهما

وقول من قال يفرقان ويخلعان من غير توكيل منهما غير مقبول عندنا وليس بمروي عن علي رضي الله عنه شاهد في ذلك

باب الظهار ومناسبته بالخلع ان كلا منهما يكون عن النشوز ظاهرا وقدم الخلع لانه اكمل في باب التحريم اذ هو تحريم يقطع النكاح وهذا مع بقائه والظهار لغة مصدر ظاهر وهو مفاعلة من الظهر فيصح ان يراد به معان مختلفة ترجع الى الظهر معنى ولفظا بحسب اختلاف الاغراض فيقال ظاهرته اذا قابلت ظهرك بظهره حقيقة واذا قابلته ايضا وان لم تدابره حقيقة باعتبار ان المقابلة تقتضي هذه المقابلة وظاهرته اذا نصرته باعتبار انه يقال قوي ظهره اذا نصره وظاهر بين ثوبين ودرعين اذا لبس احدهما فوق الآخر على اعتبار جعل ما يلي به كل منهما الآخر ظهر الثوب وغاية ما يلزم كون لفظ الظاهر في بعض هذه التراكيب مجازا وكونه مجازا لا يمنع الاشتقاق منه ويكون المشتق مجازا ايضا وانما عدي بمن مع انه يتعدى بنفسه لتضمنه معنى التبعيد لانه كان طلاقا وهو مبعد ثم قيل الظهر هنا مجاز عن البطن لانه انما يركب البطن فكظهر امي اي كبطنها بعلاقة المجاورة ولانه عموده لكن لا يظهر ما هو الصارف عن الحقيقة من النكات وقيل خص الظهر لان اتيان المرأة من ظهرها

واذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي تقرر حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى قوله فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا وانما قيد بالجملة الحالية فان ذلك حرام وتفصيله موجب للكفارة

كالبدن جزء اما قيل بان امة ممن يظهر بالمحرم فكثير التسليبة به في الشرح هو تشبيه الزوجة او جزء منها شائع او معبر به عن الكل بما لا يحل النظر اليه من المحرمة على التابيد ولو برضاع او صهرية وزاد في النهاية قيد الاتفاق احترازا عما لو قال انت علي كظهر فلانة امه من زنى بها او بنتها لم يكن مظاهرا كما ستذكره هو التحقيق ان شاء الله تعالى والفرق بين كون ذلك العضو الظهر وغيره مما لا يحل النظر اليه وانما خص باسم الظهار تغليبا للظهر لانه كان الاصل في استعمالهم وشرطه في المرأة كونها منكوحة وفي الرجل كونه من اهل الكفارة فلا يصح ظهار الذمي كالصبي والمجنون وركنه اللفظ المشتمل على ذلك التشبيه وحكمه حرمة الوطي ودواعيه الى وجود الكفارة به واختلف في سبب وجوبها فقال في المنافع تجب بالظهار والعود لان الظهار كبيرة فلا يصلح سببا للكفارة لانها عبادة او الغالب فيها معنى العبادة ولا يكون المحظور سببا للعبادة فعلق وجوبها بهما ليخف معنى الحرمة باعتبار العود الذي هو امساك بمعروف فيكون دائرا بين الحظر والاباحة فيصلح سببا للكفارة الدائرة بين العبادة والعقوبة وقيل وسبب وجوبها العود وقيل شرط ونظم الآية يحتملها كي قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة الخ يمكن كون ترتيبها عليهما او على الاخير لكن هذا لكون البساطة ميل اليها لانها الاصل بالنسبة الى التركيب ولذا قال في المحيط سبب وجوبها العزم على الوطي والظهار شرط وهو بناء على ان المراد من لفظ العود في الآية العزم على الوطي واعترض بان الحكم يتكرر بتكرر سببه لا شرطه والكفارة تتكرر بتكرر الظهار لا العزم وكثير من مشايخنا على ان العزم على اباحة الوطي بناء على ارادة المضاف في الآية اي يعودون لضد ما قالوا ولتدارك ما قالوا المقول منزلة القول ويرد عليه ما يرد على ما قبله وهذا بناء على عدم صحة ارادة ظاهره وهو تكرار نفس الظهار كما قال داود الظاهري ومن تبعه وفيها فان ظاهرها عدم تعلقها بتكريره ويرد ان تجرد العزم لا يقرر الكفارة عندنا كما نص عليه في المبسوط حتى لو ابانها او ماتت بعد العزم لا كفارة قال فهذا دليل على انها غير واجبة لا بالظهار ولا بالعود اذ لو وجبت لما سقطت بل موجب الظهار ثبوت التحريم فاذا اراد رفعه وجب عليه في رفعه الكفارة عندنا كما تقول لمن اراد الصلوة النافلة يجب عليك ان صليتها ان تقدم الوضوء وعند الشافعي تجب وهو سكوته بعد المظاهرة قدر ما يمكنه طلاقها وعدم بيان شرعية الكفارة لرفع الحرمة والجناية والظهار لم يوجب تحريم العقد ليكون الامساك عن طلاقها جناية وايضا فكيف يكون الامساك عن طلاقها جناية اذ قد يكون ليتشبث في امر الكفارة وتحصيلها او للتروي في طلاقها او التكفير فلا يكون مجرد وبعد الظهار جناية فلا ينتهض سببا للكفارة واعلم ان هذه الحرمة لا ترتفع الا بالكفارة لا بملك ولا تزوج ثان حتى لو طلقها بعد الظهار ثلاثا فعادت اليه بعد زوج آخر او كانت امة فملكها بعد ما ظاهر منها لا يحل قربانها حتى يكفر وعليها للمرأة ان تطالبه بالوطي وعليها ان تمنعه من الاستمتاع بها حتى يكفر وعلى القاضي ان يجبره على التكفير دفعا للضرر عنها بحبس فان ابى ضربه ولا يضرب في الدين ولو قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب والفاظه صريح وكناية وسياتي وسبب نزول شرعيته قصة خولة او خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر مني زوجي اوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم اشكو اليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلني فيه فيقول اتق الله فانه ابن عمك فما برحت حتى نزل القرآن قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله الى الفرض فقال يعتق رقبة قلت لا يجد فقال يصوم شهرين متتابعين قلت يا رسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال فيطعم ستين مسكينا قالت ما عنده شيء يتصدق به قال فاني ساعينه بعرق من تمر قلت يا رسول الله واني ساعينه بعرق آخر قال قد احسنت قال فاذهبي واطعمي بها عنه ستين مسكينا وارجعي الى ابن عمك قال والعرق ستون صاعا

وهذا لان الظهار جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطي اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر

حسنا فانه رواه ابو داود وقيل هو كيلجة يسع ثلاثين صاعا قال ابو داود وهذا اصح وفي الحديث الفاظ آخر ورواه ابن ماجة وغيره
قوله اذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه وعن محمد للمظاهر ان يقبلها اذا قدم من سفر للشفقة وكذا
اذا قال انت مني كظهر امي او انت عندي او معي وكذا اذا قال انا منك مظاهر وقد ظاهرت منك ويبقى الحق ولفظ المشية لا يثبت
ولو قال انت علي كظهر امي ان شاء الله تعالى لم يلزمه شيء ولو قال ان شاء فلان فالمشية اليه **قوله** وهذا اي ثبوت التحريم بالظهار
ثم ارتفاعه بالكفارة لان هذا اي الظهار جناية كبيرة محققة لكونه منكرا من القول وزورا بالنص فيناسب المجازاة على هذه الجناية بالحرمة
وارتفاع هذه الحرمة بالكفارة **قوله** ثم الوطي اذا حرم حرم بدواعيه تقييد هذه العبارة ان هذا هو الاصل او طريق
الحرم محرم على هذا استمر في الاستبراء والاحرام والاعتكاف وثبت من الشرع خلافه في الصوم والحيض فكان صلى الله عليه وسلم
يقبل احدى نسائه وهو صائم وفي حديث عائشة رضي الله عنها كان يأمرني بان اتزر فيباشرني وانا حائض فوجب البحث عن حكمة الفرق
شرعا بين هذه الامور ليظهر ان الظهار من قبيل ما يقتضي الفرق تحريم الدواعي فيه كما قلنا نحن ومالك وهو قول الزهري
والاوزاعي والنخعي وقول الشافعي ورواية عن احمد لان حرمة الوطي نصا بقوله تعالى من قبل ان يتماسا وهو كناية عن الجماع فلا يتناول
غيره او تحليلها كما قال الشافعي واحمد في قولهما الآخر فنظرنا فعقلنا كون حكمته لزوم الحرج لو حرمت الدواعي في الصوم والحيض
لكثرة وقوعهما ووقوع ضدهما من الفطر والطهر فمن كثرة وقوعهما يلزم الحرج بمنع الدواعي ومن كثرة وقوع الضدين الظاهر في
كثرة وجود الجماع ينبغي لزوم شرع الزواجر المبالغ فيه فلا يحرم الدواعي بخلاف الظهار والاستبراء والاحرام الاكثر بالنسبة الى كل شخص
فحققنا استمر على الاصل وتقدم له في الاعتكاف الفرق بينه وبين الصوم في حرمة الدواعي فيه لا في الصوم بان الجماع محظور الاعتكاف
والاحرام بخلاف الصوم لان الكف عنه ركنه فلا يتعدى الى دواعيه ومر تقريره بما حاصله ان الفرق للفرق بين التحريم الثابت في ضمن
الامر والتحريم الثابت بالنهي لما كان الثاني اقوى بسبب ان النهي تناوله مقصودا فيتعدى الى الدواعي بخلاف الثابت في ضمن الامر
فانه لم يتعلق به نهي اصلا بل طلب شيء يستلزم وجوده عدم ذلك فحرم ذلك لتأديته الى تفويت المطلوب لا مقصودا فلم يتعد الى دواعيه
فافترق الحال بين الاستبراء والاحرام والاعتكاف وبين الحيض والصوم لثبوت حرمة الجماع فيهما بالنهي قال تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد
ولا رفث ولا فسوق نفي مستعار للنهي للتأكيد وقال صلى الله عليه وسلم الا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وقال تعالى
في الآخرين فاعتزلوا النساء في المحيض ثم اتموا الصيام ولما كان هذا يقتضي عدم حرمة الدواعي لان المذكور في الآية الامر بالكفارة قبل
التماس هو قوله فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا فانه مصدر واقع بدلا من اللفظ بالفعل فيحرم الجماع لتفويته المأمور به وهو الكفارة قبل التماس
مع انه يقتضي حرمة الدواعي في الحيض لان اعتزلوا هو نفس معنى النهي حتى انهم لم يمثلوا للنهي عن البيع وقت النداء الا بقوله تعالى وذروا
البيع ولم يسموه الامر نهيا عنه وهو صحيح لان النهي لنفس طلب الترك عدل الى ما ذكرنا والتحقيق ان الدواعي منصوص على منعها في الظهار
والمذكور في وجه الفرق انما هو حكمة الفرق بين الظهار وما ذكرنا ووجه كونها منصوصا على منعها ان قوله تعالى من قبل ان يتماسا لا موجب
فيه للحمل على المجاز لامكان الحقيقة ويحرم الجماع لانه من افراد التماس فكل من القبلة واللمس والجماع افراد التماس فيحرم الكل بالنص

لقوله عليه السلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه السلام قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا ان شبهها بامرأة لا يحل له النظر اليها على التأبيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام وكذلك اذا قال رأسك

ظهر فساد قول المخالف والله سبحانه وتعالى اعلم **قوله** لقوله عليه السلام روى اصحاب السنن الاربعة عن ابن عباس ان رجلا ظاهر من امرأته فوقع عليها قبل ان يكفر فقال عليه السلام ما حملك على هذا قال رأيت خلخالها في ضوء القمر وفي لفظ بياض ساقها قال فاعتزلها حتى تكفر وفي لفظ ابن ماجة فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وامره ان لا يقربها حتى يكفر قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب ونفى كون هذا الحديث صحيحا رده المنذري في مختصره بانه صححه الترمذي رجاله ثقات مشهور سماع بعضهم من بعض وروى الترمذي عن ابن اسحق الى آخر السند عن سلمة بن صخر البياضي عن النبي صلى الله عليه وسلم في المظاهر يواقع قبل ان يكفر قال كفارة واحدة وقال حديث حسن غريب واما ذكر الاستغفار في الحديث والله اعلم به نعم في الموطأ من قول مالك ولفظه قال مالك فيمن يظاهر ثم يمسها قبل ان يكفر يكف عنها حتى يستغفر الله ويكفر ثم قال وذلك احسن ما سمعت **قوله** لو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه لانه مقام البيان وتاخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فعلم ان المذكور تمام حكم الحادثة فلا تجب كفارتان كما نقل عن عمرو بن العاص وقبيصة وسعيد بن جبير والزهري وقتادة ولا ثلاث كفارات كما عن الحسن البصري والنخعي **قوله** وهذا اللفظ اي قوله انت علي كظهر امي لا يكون الا ظهارا وان نوى به الطلاق او الايلاء وقال لم انو شيئا لانه صريح فيه وانما اليه اتباع المشروع لا تغييره وهذا يعم ما قلناه وما في الكتاب يخص قصد الطلاق ولو قال اردت به الخبر عن الماضي كذبا لا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة ولو قيل المنسوخ كون هذا اللفظ طلاقا وهو لا يستلزم نفي صحة ارادته به احتياج الى الجواب وهو كلفظة انت طالق جعل شرعا لوقوع الطلاق على المخاطبة ويصح ان يراد غيره فلا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة **قوله** ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة اللام فيهما للعهد اي المحللة بعقد النكاح بالمحرمة على التأبيد لانها المعهودتان فيما سبق من ذكرهما **قوله** وهذا المعنى يعني تشبيه المحلل بالمحرمة يتحقق في التشبيه بعضو لا يحل النظر اليه على التأبيد لما كان الظهار كلا تشبيها مشتملا على المشبه والمشبه بها وجب اعطاء ضابطهما في المشبهات فذكر ستة وجزء شائع منها او جزء معين يعبر به عن جملتها كالرأس والرقبة والفرج والوجه وتقدم بيان التعبير بهذه عن الكل في الطلاق والنصف والثلث في الاول وفي المشبه بها ان تذكرها او عضوا منها لا يحل النظر اليه على التأبيد الا ان يتركه منويا لما سيأتي اذا عرفت هذا فعبارته اعني قوله وكذا اذا شبهها بمن لا يحل النظر اليها الى قوله مثل اخته وعمته وامه من الرضاع ليست جيدة لان ظاهرها حرمة النظر الى هؤلاء من الرضاعة وانما المعنى اذا شبهها بجزء لا يحل النظر اليه فلو قال انت علي او رأسك او وجهك او رقبتك او فرجك او نصفك او سدسك كظهر امي او خالتي او ام زوجتي او كفرجها او بطنها او فخذها او اليتها كان مظاهرا ولو قال يدك او رجلك او شعرك او ظفرك او سنك او بطنك او فخذك او جنبك او ظهرك كظهر امي او فرجها الى آخر ما ذكرنا لم يكن ظهارا لان هذه الاشياء ما يجوز النظر اليها وبمسها بغير شهوة ولو قال انت علي او رأسك الى آخرها كيد امي او بطنها الخ لم يكن ظهارا الا انتفائه من جهة المشبه بها وكذا لو قال يدك او رجلك الخ علي كيد امي او كرجلها الخ لا يكون ظهارا لانتفائه من الجهتين واذا احكمت هذا خرجت فروع كثيرة من التصرفات ما جمعناه مثل فرجك كفرج امي وفرجك كفخذ امي يكون ظهارا وبطنك كفرجها لا يكون ظهارا ووجه الاعتبار في المشبه يكون العضو مما يعبر به عن الجملة والجزء الشائع بما قال عليه في الطلاق لانها هي الحرمة كالطلاقة هناك وقد بيناه هناك وفي المشبه بها يكون النظر مما لا يحل النظر اليه من المحرمة ما ذكره بقوله لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة الخ وقد قدمناه في اول هذا البحث **قوله** لانهن لامي اخته وعمته وامه

شبيه

على كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بينا في الطلاق

من الرضاع في التحريم المؤبد كالام بخلاف قوله انت على كظهر عمتك او اختك لان حرمتهن ليست على التابيد بل هي مؤقتة بانقطاع
عصمتها اما لو اراد تابيد الحرمة باعتبار وصف لا يمكن زواله لا باعتبار وصف يمكن زواله فان المجوسية محرمة على التابيد ولو قال كظهر
مجوسية لا يكون ظهارا ذكره في الجوامع لان التابيد باعتبار دوام الوصف وهو غير لازم لجواز اسلامها بخلاف الامية والاختية وغيرها
لا يقال يرد على اشتراط تابيد الحرمة ما لو ظاهر من امرأته ثم قال لاخرى انت على مثل هذه ينوي الظهار فهو مظاهر ولو بعد موتها وبعد
التكفير مع ان المظاهر منها ليست محرمة على التابيد لان ثبوت الظهار في هذه انما هو باعتبار تضمن قوله لها انت على كظهر امي لان تشبيهها
بمن قال لها ذلك انما هو في ذلك فالظاهر الظهار فيها باعتبار خصوص وجه الشبه المراد لا باعتبار نفس التشبيه بها وكذا لو كانت امرأة رجل
آخر ظاهر زوجها منها فقال انت على مثل فلانة ومثل فلانة ينوي ذلك صح ولو كان بعد موتها وفي التحفة لو شبهها بامرأة محرمة عليه
في الحال وهي ممن تحل في حالة اخرى مثل اخت امرأته ومثل امرأة لها زوج او مجوسية او مرتدة لم يكن مظاهرا لان النص ورد في الام
وهي محرمة على التابيد وقد علمت ان هذه كنايات فلا تكون ظهارا ولا ايلاء الا بالنية وبعد اشتراط تابيد الحرمة هل يشترط الاجماع عليها
شرطه في النهاية ليخرج ام المزني بها وبنتها لانه لو شبهها بها لم يكن مظاهرا وعزاه الى شرح الطحاوي لكن الخلاف منقول في هذه فمنهم من قال عند
ابي يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم لو قضى بجوازها عند محمد ينفذ خلافا لابي يوسف ومنهم من قال عند ابي حنيفة وابي يوسف
يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم بحل نكاحها وعدمه فظهر مما نقلنا ان مبنى ثبوت الخلاف في الظهار وعدمه ليس كون الحرمة
المؤبدة مجمعا عليها او لا بل لكونها يسوغ فيها الاجتهاد او لا وعدم تسويغ الاجتهاد لوجود الاجماع او النص الغير المحتمل للتاويل من غير
معارضة نص آخر في نظر المجتهد وان كانت المعارضة ثابتة في الواقع ولهذا اختلف في كون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفي نفاذ حكم الحاكم بخلافه
ولذا فرق في المحيط بوجود النص على الحرمة بالوطء وعدمه حيث قال لو قبل امرأة او لمسها بشهوة ثم شبه امرأته بها لا يكون مظاهرا عند ابي حنيفة
ولا يشبه هذا الوطء لان حرمته منصوص عليها وحرمة الدواعي غير منصوص عليها وفي الدراية في كظهر اختي من لبن الفحل لا يصير مظاهرا
من غير ذكر خلاف مع انها محرمة على التابيد كانهم اتفقوا على تسويغ الاجتهاد فيها فان صح حرمتها عموم نص يحرم من الرضاع ما يحرم من
النسب وقوله عليه السلام ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة لكن ذلك خص منه ما ذكر في الرضاع والثاني انما يفيد ثبوت اختية بنت الفحل
من غير التي ارضعت بالالتزام ومثله ما رايت لو شبهها بامرأة الملاعن منها لم يكن مظاهرا من غير ذكر خلاف مع ان ابا يوسف يرى تابيد
حرمتها لتسويغ الاجتهاد اما ان اراد من ارضعها بلبن الفحل بان نزل له لبن فلا اشكال لكنه بعيد من عادتهم في اطلاقه فلا [illegible] هنالك سهلا ومما يشكل
ما ذكره في الدراية ايضا نقلا عن شرح القدوري زنى ابوه بامرأة او ابنه فشبهها بامها او ابنتها يصير مظاهرا عند ابي يوسف لانه لا ينفذ عنده حكم الحاكم بجوازها
وعند محمد لا يصير مظاهرا وينفذ حكم الحاكم وهذا مشكل لان غاية الامر في الاب او الابن ان يكون كام زوجة الاب والابن ولا تحرم ام زوجة الاب
على الابن ولا ام زوجة الابن على الاب فليس التشبيه بها محرمة ولو شبهها بظهر ابيه او قريبه او بظهر اجنبي لم يكن مظاهرا او لو شبهها بفرج ابيه
او قريبه قال في المحيط ينبغي ان يكون مظاهرا اذ فرجهما في الحرمة كفرج امه وفي الكافي الكم امرأة لا تكون مظاهرة من زوجها من غير
ذكر خلاف وفي الدراية لو قالت هي انت على كظهر ابي او انا عليك كظهر امك لا يصح الظهار عندنا وفي المبسوط عن ابي يوسف عليها كفارة

ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان قال اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام ونوى الطلاق وان لم تكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تاكيد له وان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار

يمين وقال الحسن بن زياد هو ظهار وقال محمد ليس بشيء وهو الصحيح وفي شرح المختار حكى خلاف ابي يوسف والحسن على العكس وكذا في غيره وفي الينابيع والروضة كالاول قال هو يمين عند ابي يوسف ظهار عند محمد ولو ظاهر من امراته ثم اشرك معها اخرى كان مظاهرا منهما

قوله ولو قال انت علي مثل امي الخ اعلم ان هنا الفاظا انت امي مثل امي كامي حرام كظهر امي ففي انت امي لا يكون مظاهرا وينبغي ان يكون مكروها فقد صرحوا بان قوله لزوجته يا اخية مكروه وفيه حديث رواه ابو داود عن ابي تميمة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لامراته يا اختي فكره ذلك ونهى عنه ونحن نعقل ان معنى النهي هو انه قريب من لفظ التشبيه المحللة بالمحرمة الذي هو ظهار ولولا هذا الحديث لامكن ان يقال هو ظهار لان التشبيه في انت امي اقوى منه مع ذكر الاداة ولفظ اخية في يا اخية استعارة بلا شك وهي مبنية على التشبيه لكن الحديث المذكور افاد كونه ليس ظهارا حيث لم يبين فيه حكما سوى الكراهة والنهي عنه فعلم انه لا بد في كونه ظهارا من التصريح باداة التشبيه شرعا ومثله ان يقول لها يا بنتي او يا اختي ونحوه وفي مثل امي او كامي ينوى فان نوى الطلاق وقع بائنا كقوله انت علي حرام وان نوى الكرامة والظهار فكما نوى لانه من الكنايات وافاد انه كناية في الظهار فعلم ان صريحه يكون التشبيه بعضو وان لم تكن له نية فليس بشيء عندهما وهو ظهار عند محمد وجه قوله ان المعنى الصريح لهذا اللفظ الظهور لوجود التشبيه بالبعض في ضمن الكل غير انه عدل عنه فيما اذا كان له نية شيء يصح ارادته من اللفظ الى ذلك المنوي تصحيحا للارادة وحمل على معنى عنده في الكرامة وذلك لان المفيد للكرامة بالطريق الحقيقية لفظ انت عندي مثل امي او كامي فحين لم يصرح عن مقتضاه نية رجع معناه في نفسه ولهما ان معنى كون الصراحة تثبت بالتشبيه بالجزء حال كونه في ضمن التشبيه انما كان التشبيه به ابتداء فيما اذا كان التشبيه بالكل مجملا في حق جهة التشبيه فالمتبين مراد مخصوص لا يحكم بشيء خصوصا والحمل على الظهار حمل على المعصية ولا يجوز الزام المسلم المعصية من غير قصد اليها ولا لفظ صريح فيها وبما امكن صون تصرفاته عنها وجب اعتبار ذلك في حقه وان نوى به التحريم لا غير فالمصنف حكى فيه خلافا بينهما فلذا اعيد فعند محمد ظهار لانه بكاف التشبيه امي اداته فان الكلام في مثل امي وكامي جميعا وحده مختص بالظهار كما قدمنا انه حقيقته وقد نوى ما لا ينافيه فان الحرمة موجب الظهار فيثبت المنوي في ضمن المعنى الحقيقي في الكلام وعند ابي يوسف ايلاء بناء على منع كون هذا المعنى الوضعي عند التشبيه بالكل فيثبت الثابت به لا يتعدى المنوي وتحريمها مطلقا بلا ظهار ولا طلاق هو الايلاء ولان الايلاء ادنى الحرمتين من حيث السبب والحكم وهو اخرا بالسبب فلنفسه وهو الظهار فكبيرة محرمة والايلاء في نفسه من حيث هو يمين ليس معصية بل باعتبار امر آخر يقترن به اما الحكم فان فيه اغلظ من حيث تقدر بالطعام والصيام فيه بستين مسكينا ويوما والامور الاخر هي ان حرمتها في الايلاء لا يثبت ... ان لا يقربها فالشرع طلب منه من ان يحنث ويطاها قبل التكفير ثم يكفر ولو طلقها ثلاثا فعادت اليه بعد
الطلاق بمضي المدة بل في حق لزوم الكفارة اذا وطئ وكان الايلاء مؤبدا وفي الظهار يعيد
ثم لا يحل منها شيء آخر حتى يكفر اولا ولو طلقها ثلاثا والباقي بحاله يعود بالظهار ولا تحل ما لم يكفر وكذا لو
انعقد لا تحل ما لم يكفر ومنهم من قال الاصح انه ظهار عند الكل لانه تحريم مؤكد بالتشبيه وفيه نظر لان هذا انما
كامي وليس الكلام فيه بل في مجرد انت كامي وفي انت علي حرام كامي فانما له محتملان الطلاق والظهار لا التحريم
فان لم يكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار وهنا يتجه المذكور في الغاية عن قاضي خان انه ينبغي ان لا يختلف

او طلاقا على ما بيناه وان قال انت علي حرام كظهر امي ونوى به طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة رح وقالا هو على ما نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك
على ما بينا غير ان عند محمد رح اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف رح يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولابي حنيفة رح انه صريح في الظهار
فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه **قال** ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم
ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة فان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار
باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من
حقوق الملك ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف اليهن الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة تثبت
في حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة فتتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

لانه تحريم مؤكد بالتشبيه **قوله** والوجه ما بيناه يعني فيما قبلها يعني قوله من جهة ابي يوسف ليكون الثابت ادنى الحرمتين ومن جهة محمد
ما ذكره في قوله انت علي حرام كظهر امي خلافا لهما فعنده لا يكون الا ظهارا سواء نوى طلاقا او ايلاء او لم ينو شيئا وقالا هو على ما نوى ظهارا او طلاقا او ايلاء
وان لم يكن له نية فظهار لان التحريم يحتمل كل ذلك فاذا نوى الطلاق او الايلاء يكون قوله بعده كظهر امي تاكيدا له لا مغيرا غير ان عند محمد اذا
نوى الطلاق لا يكون ظهارا معه لانه عند محمد يقع بائنا بانت حرام لا يمكن اثبات الظهار بعده بكظهر امي وعند ابي يوسف يكونان فقيل لا بلفظ حرام
اذ لا يراد باللفظ الواحد معنيان مختلفان بل كل بلفظ وهذه رواية عنه في صحة الظهار من المبانة وقيل بل الظهار يقع بنفس اللفظ
لانه صريح فيه والطلاق باعترافه بنيته كما اذا قال من له امرأة معروفة بزينب زينب طالق ثم قال عنيت اخرى يقع عليها في الاخرى
باعترافه وفي المعروفة بصريح اللفظ في القضاء فانه لا يصدق فيه في صرف النية عنها لانه خلاف الظاهر وهذا يقتضي ان وقوع الطلاق والظهار
فيما اذا قال عنيت الطلاق عنده انما هو في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى فالواقع ما نوى وفي شرح الكنز ولو نوى الايلاء ينبغي ان يكون
ايلاء وظهارا بالاتفاق لعدم التنافي **قوله** وقد عرف في موضعه يعني المبسوط ولابي حنيفة انه اي لفظ كظهر امي صريح في الظهار محكم فيه
ولفظ حرام محتمل فيه فيرد اليه اذا اقترن معه **قوله** حتى لو ظاهر من امته موطوءة كانت او غير موطوءة لا يصح وهو مذهب الشافعي واحمد وجمع كثير من
الصحابة والتابعين خلافا لمالك والثوري في الامة مطلقا ولسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وقتادة والزهري في الموطوءة لنا ان النص
يتناول نساءكما بقوله تعالى من نسائهم والامة وان صح اطلاق لفظ نسائنا عليها لغة لكن صحة الاطلاق لا يستلزم تحقيقه لان حقيقة اضافة النساء
الى الرجل او رجال انما يتحقق مع الزوجات لانه المتبادر حتى يصح ان يقال هؤلاء جواريه لا نساؤه وحرمة بنت الامة الموطوءة ليس لان نسائكم
مرادة بالنص بل لانها بنت موطوءة وطئا حلالا عند الجمهور وبهذا القيد عندنا على انه لو اريد بالنساء هنا كما تصح هذه الاضافة حتى يشمل المعنى
الحقيقي وهو الزوجات والمجازي اعني الاماء بعموم المجاز لا يمكن للاتفاق على ثبوت ذلك الحكم في الاماء المشتوهة في الزوجات اما هنا فلا اتفاق
والاوجه عندنا ايضا لا يثبت بطريق الدلالة لان الامة ليس في معنى الزوجات لان الحل فيهن تابع غير مقصود من العقد والاصل الملك حتى يثبت مع عدمه
في الامة المجوسية والمرضعة بخلاف عقد النكاح لا يصح في موضع لا يحتمل الحل ولان القياس ان لا يوجب هذا التشبيه الذي هو كذلك سوى التوبة وورد الشرع
بثبوت التحريم فيه في حق من الحق في الاستمتاع ولا حق للامة فيه فيبقى في حقها على اصل القياس ولان الظهار كان طلاقا فنقل عنه الى تحريم مغيا
بالكفارة ولا طلاق في الامة وليس هذا اوجه فيشبه للمتأمل **قوله** لانه صادق في التشبيه وقت التصرف ولان التشبيه انما انعقد سببا للتحريم المغيا حين كان كذبا
محضا فلا يترتب بقي ان يقال فليتوقف على الاجازة كما يتوقف نكاحها على الاجازة فان اجازت ظهر انه كان التشبيه الممتنع اجاب عنه بقوله والظهار ليس
بحق من حقوقه حتى يتوقف بتوقفه لان عقد النكاح حلال والظهار حرام فتنافيا بخلاف العتق مع الملك فلا يتوقف فلا يثبت الظهار بعد الاجازة
بخلاف اعتاق المشتري للعبد من غاصب لسيده لان الاعتاق حق من حقوق الملك يعني يثبت بالملك حتى ان يثبت اذا انشأ فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفاذه
ولا يثبت بملك النكاح ذلك بل هو منهي عنه وان كان لو قال لزمه حكمه فاذا اجاز المالك بيع الغاصب عتق **قوله** ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان
مظاهرا منهن جميعا بلا خلاف لانه اضاف الظهار اليهن فكان كاضافة الطلاق اليهن يطلقن جميعا وانما الخلاف في تعدد الكفارة فعندنا وعند الشافعي
تتعدد بتعددهن اي كل من اراد وطأها وجب عليه تقديم كفارة وبه قال الحسن والزهري والثوري وغيرهم وقال مالك واحمد كفارة واحدة

فصل في الكفارة قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب **قال** وكل ذلك قبل المسيس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا **قال** وتجزئ في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة يطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك

وروي ذلك عن عمر وعلي وعروة وطاوس وعطاء اعتبروه باليمين بالله تعالى في الايلاء قلنا الكفارة لرفع الحرمة وهي متعددة فتتعدد وكفارة اليمين لهتك حرمة الاسم العظيم ولم يتعدد ذكره بخلاف ما لو كرر الظهار من امرأة واحدة مرتين او اكثر في مجلس واحد او مجالس حيث تتكرر الكفارة بتعدده الا ان نوى بما بعد الاول تاكيدا فيصدق قضاء فيهما الا كما قيل في المجلس لا المجالس بخلاف الطلاق لان حكم الظهار بينه وبين الله تعالى هذا ولا يثبت بالظهار الاول حرمة موقتة فكيف تتكرر الحرمة بتكرار الظهار بينه وبين الله تعالى وما هو الا تحصيل الحاصل حيث بالاول تثبت الحرمة الموقتة مع بقاء ملك حل المحل فيصح الظهار الثاني والثالث ولا منافاة في اجتماع اسباب الحرمة كالخمر حرام على الصائم لعينها ولصومه ويمينه وهذا الايرد سؤال تحصيل الحاصل الا ان يلتزم ان يثبت بكل سبب حرمة كما التزم في اسباب الحدث على ما تقدم في الطهارات **فروع** لا يصح ظهار الذمي وبه قال مالك خلافا للشافعي واحمد كالايلاء وهي رواية البرامكة عن ابي حنيفة والاول رواية الاصل لنا قوله تعالى والذين يظهرون منكم من نسائهم والكافر ليس منا والحاقه بالقياس متعذر لان الظهار جناية حكمها التحريم مرتفع بالكفارة وشرك الكافر يمنع من رفع اثر الجناية عنه بالكفارة مع انه ليس من اهلها لانها عبادة حتى اشترطت النية فلم تصح من الكافر فيبقى تحريما مؤبدا وهو غير حكمه بالنص ولانه لا يقدر عليها على راي الكل اذ لا يقدر على ملك رقبة مؤمنة والغاء قيد الايمان في حقه بخلاف النص فيكون خلاف الكفارة ولا اجماع على ذلك ليكون كالغائه في اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وما اجيب به من انها عبادة في حق المسلم عقوبة في حق الكافر يقال عليه انما يفتقر الى النية اتفاقا فلزم كونها عبادة وما دفع به من افتقارها اليها كافتقار الكنايات اليها وليست عبادة مدفوع بانه قياس بلا جامع لان افتقار الكنايات اليها ليتعين احد المحتملات وهو الطلاق عن غيره وافتقار الكفارة ليقع عبادة والا فلما فائدة والفرق بين الظهار والايلاء على قول ابي حنيفة حيث اجاز ايلاء الكافر خلافا لصاحبيه ان حكم الايلاء امران وقوع الطلاق بتقدير البر وهذا يتحقق في حقهم لانهم يعتقدون حرمة الاسم الكريم ويصونونه فينعقد منهم نظرا الى ذلك ولزوم الكفارة بتقدير الحنث فلو فرض منهم الحنث بالوطء انتفى حكم البر وتعذر التكفير ولو ظاهر واستثنى يوم الجمعة مثلا لم يجز ولو ظاهر يوما او شهرا صح تقييده ولا يبقى بعد مضي المدة ولو علق الظهار بشرط ثم ابانها ثم وجد الشرط في العدة لا يصير مظاهرا بخلاف الابانة المعلقة على ما سلف ولو علقه بشرط بلا النكاح فاذا قال لاجنبية ان تزوجتك فانت علي كظهر امي فتزوجها لزمه حكم الظهار ولو قال انت علي كظهر امي في رجب ورمضان كفر في رجب او ولو ظاهر فجن ثم افاق فهو على حكم الظهار ولا يكون عائدا بالافاقة خلافا لاحمد في وجهين للشافعية

فصل في الكفارة قوله عتق رقبة احترازا فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى به الكفارة مقارنا للموت المورث لا يجزيه عنها **قوله** وكذا في الاطعام يعني يجب كونه قبل المسيس كما هو في النص لا يوجب بلفظه ذلك فيه مثلها والحقه بهما ما هو حاصله حقيقة ان الكفارة منهية بالتنصيص على ايجابها قبل التماس وهذه الكفارة مثلها فيجب كونه قبل التماس ما قدمنا روايته من الحديث الصحيح من قوله صلى الله عليه وسلم للذي واقع قبل التكفير اعتزلها حتى تكفر مطلقا من غير تفصيل فيجب اجراؤه على اطلاقه لا يقال هذا الحديث آحاد انه زيادة على اطلاق النص بالخبر والقياس وهو لا يجوز وذلك لانه قيد التحرير بكونه قبل المسيس فقال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ثم اعاده لقيد المذكور مع الصيام فقال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا ثم اطلق الاطعام عنه بقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فلو اريد التقييد في الاطعام لذكر كما ذكره فيهما فتخصيصه

[illegible] وللشافعي رحمه الله في الكافرة يقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفه إلى عدو الله كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه إعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الإعتاق التمكن من الطاعة ثم مقارنته للمعصية يحال به إلى سوء اختياره ولا تجزئ العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين لأن الفائت جنس المنفعة وهو البصر أو البطش أو المشي وهو المانع أما إذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف لأنه ما فاتت جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما إذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي إذ هو عليه متعذر ويجوز الأصم والقياس أن لا يجوز وهو رواية النوادر لأن الفائت جنس المنفعة إلا أنا استحسنا الجواز لأن أصل المنفعة باق فإنه إذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع أصلا بأن ولد أصم وهو الأخرس لا يجزئه

بالإطلاق بعد ما نص عليه على ذكره بالقيد مع أن التنصيص غير مكتف به فتقييده في التحرير والعموم قرينة قصد الإطلاق فيه وما قيل ذكره مرتين تنبيه على إرادة تكرره مطلقا إذ هو فرع لئلا يتوهم اختصاصه بالمنفصلة الأولى لو اقتصر عليه معها ولئلا يتوهم اختصاصه بالأخيرة لو اقتصر عليه معها وللتطويل لو أعاده معها بعدها لو كان به غير جار على قوانين الاستدلال بل هو تحسين ثم هو معارض بما قلنا من أن تخصيصه بالإطلاق بعد ذكره بالقيد مع أخويه ظاهر في إرادة انفراده عنهما بصفة الإطلاق فلا يتخرج على القواعد إلا أن يتحقق فيه إجماع في عصر من الأعصار وما ثبت فيه الآن قولان للشافعي وروايتان عن أحمد لا أنا نقول الثابت بالنص في افتراض الإطعام شرطا لحل المظاهر منها مطلقا وقد جرينا على موجب ذلك ونحن لم نقيد اشتراطه الحل بكونه قبل المس ليكون زيادة بل أوجبنا ذلك بجزء الوجوب والإلحاق بالمنفصلين في وجوب التقديم لا في اشتراطه في الحل والأصل وإن كان الافتراض فالمتعدي إلى الفرع منه الوجوب لا يقال حينئذ يختلف الحكم في الأصل والفرع لأنا نقول الوصف الذي به زاد الفرض على الوجوب ليس من الحكم فإن الحكم هو الإيجاب غير أنه إن كان ثبوته قطعيا سمي فرضا وليس كيفية الثبوت جزء ماهية الحكم بل جزء مفهوم لفظ الفرض فتأمل وما قلنا من عدم اشتراطه للحل واعتبار الإطلاق في ذلك قال أبو حنيفة فيمن قرب التي ظاهر منها في خلال الصوم يستأنف ولو قربها في خلال الإطعام لا يستأنف لأن الله تعالى قيد الصيام بكونه قبل التماس وأطلق في الإطعام ولا يحمل الإطعام على الصيام لأنهما حكمان مختلفان وإن اتحدت الحادثة **قوله من كل وجه** متصل بالرقبة فلذا لو أعتق أم ولده ومدبره لا يجزئه عنها بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئا وعن ذلك يصح إعتاق الرضيع لصدق الاسم عليه **قوله الكفارة حق الله تعالى** المشهور بناء الخلاف على أن المطلق هل يحمل على المقيد ولا عنده نعم وعندنا لا إلا في حكم واحد في حادثة واحدة لأنه حينئذ يلزم ذلك لزوما عقليا إذ الشيء لا يكون نفسه مطلوبا بالمدخالة في الوجود ومطلقا ومقيدا كالصوم في كفارة اليمين ورد مطلقا ومقيدا بالتتابع في القراءة المشهورة التي تجوز الزيادة بمثلها وللكلام في تحقيق هذا الأصل فن غير هذا ولو تنزلنا إلى أصلهم لم يلزم من التقييد في الكفارة الأمر الأعظم وهو القتل ثبوت شرط فيما هو أخف منه ليكون التقييد فيه بيانا في المطلق وتقريره في الكتاب أن الكفارة وهي الإعتاق حق الله تعالى فلا يجوز صرفها إلى عدو الله إذ الإعتاق يتعلق به ويتحقق أثره له وهو عتق كالزكاة والجواب أن هذا اعتبار بمجرد إطلاق النص إذا كان المعنى عقليا منه وليس كذلك لجواز أن يأذن الله تعالى في الإحسان والتمليك فتصدقا على الكافر في الأمور الدنيوية وقد ثبت ذلك على ما قدمناه في كتاب الزكاة قال صلى الله عليه وسلم تصدقوا على أهل الأديان والاتفاق على جواز الصدقة النافلة عليهم مع أن المقصود منها التقرب إلى الله تعالى فلولا أن عقد والقربة على الله تعالى يحصل بذلك لم يشرع أصلا ولا يزيد الفرض على كونه قربة إليه تعالى إلا بكونه مأمورا به ولا يظهر بوصف المأمور به أثر في منافاة كون محله كافرا بعد ما ثبت أنه لا ينافي معنى القربة ولولا النص الذي يخص الزكاة لقلنا بجوازه فيها لفقير أهل الذمة وهذا لأن التقرب بفعل الفاعل يحصل لا بخصوص محل فعله وهو إنما يستقر لتمكنه من الطاعات بالإسلام شكرا لله تعالى على ما أنعم عليه من تخليصه من ربقة الرق لا بغير ذلك ثم اختياره وجه الكفر لسوء اختياره لنفسه فظهر ثبوت معنى التقرب بإعتاقه هذا ويدخل في الكافرة المرتد والمرتدة ولا خلاف في إعتاق المرتدة لأنها لا تقتل وإعتاق العبد الحربي في دار الحرب لا يجزئه من الكفارة وإعتاق المستأمن يجزئه **قوله ولا تجزئ العمياء الخ** الأصل أن يكون المعتق كامل الرق مقرونا بالنية وجنس ما يبتغى من المنافع بلا بدل فظهر أن اختلال جنس المنفعة لا يضر ولا ثبوت العيب وهذا لأن بفوات جنس المنفعة تصير الرقبة فائتة من وجه بخلاف نقصانها ولم تعتبر فوات الزينة على الكمال مع أنهم اعتبروه في الديات حال ضمنوا بقطع الأذنين الشاخصتين تمام الدية حتى قرروا هنا عتق مقطوعها إذا كان السمع باقيا ومثله من حلقت لحيته ولم تنبت لفساد المنبت وما حلق رأسه

ولا يجزئ مقطوع ابهامي اليدين لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع والذي يجن ويفيق يجزيه لان الاختلال غير مانع ولا يجزئ عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذي ادى بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن ابي حنيفة رح انه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد والتدبير لانهما لا يحتملان الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعي رح له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا ولقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا تنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا يفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو محتمل

في جعل السنين والخصي والمجبوب من ان الفائت منفعة النسل وهو زائد على ما يطلب من المماليك فيعلل به في فوات الزينة على الكمال لان باعتبار ذلك لا يصير المرء متمولا بالكامن وجب كل الحر فمن هذا افترق الحال بين الاعتاق والدية فيه ويجوز الرتقاء والقرناء والعوراء والعمشاء والعشواء والبرصاء والرمداء والخنثى لا مقطوع اليدين او الرجلين اذا عدى كل من اليدين او الرجلين من جهة واحدة ويجوز من خلاف اما مقطوع ابهامي اليدين فلما في الكتاب ومثله مقطوع ثلث اصابع غير الابهامين من كل يد لان الاكثر كالكل ويجوز مقطوع اصبعين غير الابهام من كل يد لا ساقط الاسنان العاجز عن الاكل ولا يجوز المجنون المطبق لان المنافع كلها في حقه فائتة لان الانتفاع به انما هو بالعقل واما الذي يجن ويفيق فيجوز عتقه اطلقه في الهداية والمراد اذا اعتقه في حال افاقته وفي الاصم روايتان وما ذكر في الهداية يوخذ منه التوفيق بين الروايتين فحمل رواية النوادر الاصم الذي ولد اصم وهو الاخرس فانه لا يسمع اصلا ولا يتكلم وحمل ظاهر الرواية الذي اذا صيح عليه يسمع وروى ابراهيم عن محمد اذا اعتق عبدا حلال الدم فعفى بدمه عن ظهاره ثم عفى عنه لم يجز وفي التجنيس من علامة عيون المسائل اذا اعتق عبدا مريضا عن ظهاره ان كان يرجى ويخاف عليه تجوز فان كان لا يرجى لا يجوز لانه ميت معنى هذا وقد منع فوات لزوم جنس المنفعة بقطع الابهامين بل اللازم اختلالها ولو لزم ذلك لوجب بقطعهما دية كاملة لكن الشارع لم يعتبرهما الا كغيرهما من الاصابع والفارتب على الدليل نتيجة لا يستلزمها وذلك ان فوات قوة البطش للازمه ولا يعنيه فوات جنس المنفعة بل ضعفها ولا يجوز عتق المدبر وام الولد ويجوز اعتاق المكاتب الذي لم يؤد شيئا لا الذي ادى بعض الكتابة والشافعي منعه والحق المكاتب بالمدبر وام الولد سيما مع انه استحق العتق بجهة الكتابة فاشبه المدبر وام الولد فنقص الرق فيه كما نقص فيهما بل هو اولى لعدم الاجزاء منهما فانه لو قال كل مملوك لي حر عتق مدبره وام ولده ولا يعتق مكاتبه الا بالنية فدل انه انقص قاما منهما وبهذا يبطل قولكم الكتابة انما اخرجت فك الحجر لا غير كالاذن في التجارة ولو صح ذلك لاستبد المولى بفسخها كالمنع من التجارة وهذا كله في وجه الالزام عليه كما في المدبر فان عنده بيع المدبر واعتاقه جائز وهو مذهب احمد بناء على جواز بيعه عنده خلافا لنا وفي ام الولد على وجه الاثبات عن الكفارة لنفسه ونحن نمنع ان استحقاق العتق بجهة تقبل الفسخ عن تحت به تحققها موجب نقصان الرق فان ذلك معنى التعليق وهو الحاصل هنا فان حاصل الكتابة تعليق العتق بالاداء ولو علق بسائر الشروط لم يوجب نقصان الرق بهذا اولى لان سائر التعليقات لا تحتمل الانفساخ بخلاف هذا ولولا ثبوت النص المفيد لامتناع بيع المدبر وام الولد لم يبين نقصان الرق فيهما لان الحاصل فيهما ايضا تعليق العتق بموت السيد واو تمكن نقصان في رقه لما تصور فسخه اعادته الى الحالة الاولى لان نقصان الرق بثبوت العتق بقدره وثبوت من وجه لا يحتمل الزوال كثبوته من كل وجه وهذا ما يقال حق العتق كحقيقته وهو الثابت في المدبر وام الولد لثبوت العتق في حقهما بجهة لازمة فظهر ان الكتابة انما اوجبت فك الحجر في المكاسب لا يكون انتقاصا في الرق اذ المكاسب غير الرقبة وبه يعلم ان قوله عم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم من كتابته شيء رواه ابو داود المراد به كامل في العبودية والرق وانما لا يستبد المولى بفسخه لانه ببدل فانعقد لازما في جانبه بخلاف الاذن في التجارة لانه فك بلا بدل وعدم عتق المكاتب في كل مملوك لي حر لنقصان الملك فيه فلا يدخل الا بالنية لكن نقصان الملك لا يستلزم نقصان الرق لان محل الملك اعم من محل الرق الابدي

لأنه يسلم له الأكساب والأولاد فلم تكن هذه الجهة جهة الكتابة ولأن الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب فإن اشترى أباه أو ابنه ينوي بالشراء
الكفارة جاز عنها وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسألة تأتيك في كتاب الأيمان إن شاء الله فإن أعتق نصف عبد مشترك وهو
موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما لأنه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما إذا كان
المعتق معسرا لأنه وجبت عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون إعتاقا بعوض ولأبي حنيفة رحمه الله أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول إليه بالضمان ومثله
يمنع الكفارة وإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه عنها جاز لأنه أعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع
كمن أضجع شاة للأضحية فأصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لأن النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على أصل أبي حنيفة رحمه الله وأما عندهما الإعتاق لا يتجزى فإعتاق
النصف إعتاق الكل فلا يكون إعتاقا بكلامين وإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم أعتق باقيه
لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الإعتاق يتجزى عنده وشرط الإعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص

في كل مملوك لي حر لنقصان الملك فيه فلا يدخل إلا بالنية لكن نقصان الملك لا يستلزم نقصان الرق لأن محل الملك أعم من محل الرق ألا يرى أن الملك
يثبت فيما لا يتصور ثبوت الرق فيه كالأمتعة والحيوان غير الآدمي فمحل العبد رق في رقبته وملك يجاوزه فيها ويتعدى إلى غيرها من منافعه
وأكسابه والكتابة أوجبت الفك في حق ما يزيد على الرقبة وهو محل الملك لا الرق فنقص بها الملك لا الرق لكن العتق إنما يعتمد الرق لأنه
لو دار مع الملك ثبت في غير الآدمي أيضا فكان حرج كشرع السائبة ولا موجب لنقصانه فيبقى على ما كان عليه لعدم المرجح **قوله**
لأنه يسلم له الأكساب الخ جواب عما قد يقال عتقه حيث وقع إنما يقع شرعا بجهة الكتابة وإن عين السيد جهة التكفير بدليل أنه يسلم
له الأكساب والأولاد فعلم أنه بجهة الكتابة أجاب بوجهين الأول أن العتق في المكاتب واحد والإعتاق من جانب المولى مختلف جهاته
ففيما يرجع إلى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدا وفيما يرجع إلى المولى جعل إعتاقا بجهة الكفارة لأنه قصد ذلك وهو كالمرأة
إذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء وجعل هبتها في حق الزوج تحصيلا لمقصود الزوج عند
الطلاق وفي حقها يجعل تمليكا بهبة مبتدأة وحقيقة الجامع بينهما إذا حصل عين المقصود فلا يبالي باختلاف السبب ففي مسألة الزوج
نفس حقه ليس إلا براءة ذمته عن نصف الصداق وقد حصل فلا يبالي لكونه من سبب آخر غير الطلاق وكذلك هنا عين حق المكاتب ليس
إلا عتقه عند الأداء وقد حصل منه الثاني وانفساخ الكتابة ضروري إذ هو ضرورة تصحيح عتقه عن الكفارة لأنه تصرف عن عاقل مسلم
فيما فيه ما لم يحتمل الفسخ والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فيظهر في حق جواز التحرير للتكفير لا في حق الأكساب لأنه لا دلالة على الرضا فيها
فيعتق في حقها مكاتبا فتسلم له ولا يلزم من كونه معتق مكاتبا كون عتقه بجهة الكتابة والأالتقرر بدل الكتابة أو التسليم المبدل يوجب
تقرر البدل **قوله** وإن اشترى أباه أو ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها هذا في الشراء أما لو ورث أحدهما فنوى الكفارة فقد
قدمناه ولو وهب له أو أوصى له صح والحاصل أنه إذا دخل في ملكه بصنع منه إذا نوى عند صنعه أن يكون عتقه من الكفارة أجزأ
وإلا فلا ولو قال إن دخلت الدار فأنت حر ونوى كون العتق وقت دخوله من كفارته لا يجوز ولو نواه وقت اليمين جاز **قوله**
وضمن قيمة باقيه يعني أعتق ذلك الباقي أيضا لم يجز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز بناء على تجزي الإعتاق وعدمه عندهما لا يتجزى
فإعتاق نصفه إعتاق كله غير أن المعتق إن كان موسرا ضمن نصيب شريكه ويملكه فصار معتقا كله من الكفارة وهو ملكه ولا سعاية
على العبد حتى يكون إعتاقا بعوض ولو كان المعتق معسرا لا يجوز بالاتفاق لأن على العبد السعاية عندهما فيكون عتقا ببدل وإن لم يكن ذلك
البدل حاصلا للمعتق بل هو للشريك المعتق لأنه لزم العبد بدل في مقابلة تحرير رقبته وعنده يتجزى فإنما أعتق نصيبه في الابتداء
ونصف الرقبة ليس رقبة وقد تمكن النقصان في الرق في النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه فصار كأم الولد بل أشد لأن
عتقها متعلق بالموت بخلاف هذا وهذا النقصان وقع في ملك شريكه ثم بالضمان ملكه ناقصا ومثله يمنع التكفير كالتدبير فصار كأنه أعتق
عبدا إلا شيئا منه بخلاف المسألة التي بعد هذه فإنه أعتق نصفه ثم نصفه بعد كون الكل على ملكه فتمكن النقصان على ملكه بسبب الإعتاق بجهة
الكفارة فيجوز كمن أضجع شاة ليذبحها أضحية فأصابت السكين عينها فعورت فإن قيل الملك في المضمون يثبت مستندا إلى وقت وجوب سببه
وبه يظهر أن نصيب الساكت ملك للمعتق زمان الإعتاق وهو إذ ذاك لا نقصان فيه قلنا الملك في المضمون إنما يثبت مستندا في حق أحكام المضمون له

ونقصان النصف حصل بعد ذلك النصف قبل المسيس وإذا لم يجد ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما
شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق أما التتابع فلأنه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من إبطال ما أوجبه الله تعالى والصوم
في هذه الأيام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا أو نهارا ناسيا استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
أبو يوسف رحمه الله لا يستأنف لأنه لا يمنع التتابع إذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وإن كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا إليه تقديم البعض وفيما
قلتم تأخير الكل عنه ولهما أن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف

وفي حق غيره فتمكن النقصان في نصيب الساكت في حق غيرها والكفارة غيرها فلم يجز ولا يخفى أن التعييب ضرورة إقامة المأمور ليس
كالتعييب لتبعيته اختيارا حتى أنه لو فقأ عين الشاة مختارا عند الذبح نقول لا يجزيه فكان المشترك أولى بالإجزاء من العبد المختص لأن كل
النصف لا يقدر على عتقه إلا بطريق عتق نصفه فحاله أشبه بذابح الشاة من مالكه على الكمال وجوابه أن المعنى أنه حصل بسبب إقامة الواجب
وهذا القدر كاف في عدم المنافاة لا يتوقف على كونه بحيث لا يمكن إقامة الواجب إلا كذلك فإن الشارع لما أطلق له العتق بمرة وبمرات كان
لازما له وحصل النقص بسببه مطلقا لا يمنع وعن هذا بحث بعضهم أنه تجب الإجزاء في الصورتين فإن النقص في الأول أيضا حصل بسبب العتق كالثاني
والتعمد وعدمه سواء لأنه نقصان حكمي فيستوي فيه العمد والخطأ ولأن الملك بالضمان يستند فيظهر ملكه في الكل عند إعتاق النصف فيكون كالصورة
الثانية وأجاب عن قوله أنما يستند في حق الضامن والمضمون له دون الكفارة بأن النقص لما كان حكميا فسواء وجد في ملكه بين إعتاق بعضه
وإعتاق باقيه وفي ملك غيره بين الإعتاقين لأنه لو كان ينافي كمال الرقبة منع مطلقا وجوابه أن منافاة الكمال لا يستلزم منافاة الإجزاء
إلا إذا كان في غير ملكه لأنه أهدر لحصوله بسبب إقامة الواجب غير أنه إذا وقع في ملك غيره وضمنه كان مشتريا ناقص رق معنى فعتقه من الكفارة
بخلاف ما إذا وقع في ملكه حيث يتحقق فيه الإهدار دون الشراء عن الناقص الرق ثم إعتاقه فحيث أهدر كان كأنه أعتق نصفه وبعض النصف
الآخر ثم أعتق باقيه بخلاف الأول لا يمكن جعل النقصان في ذلك النصف مضافا إلى الكفارة لعدم ملكه إذ ذاك النصف فيظل قدر النقصان فلم يقع عن الكفارة

قوله وإعتاق النصف حصل بعده فإن قيل كل إعتاق بعد هذا وإن كان إعتاق عبد كامل فهو بعد المسيس فلو كان وقوعه بعد المسيس مانعا
من الإجزاء عن الكفارة لم يجز عتق رقبة كاملة بعده أيضا قلنا إنما يجوز لأنه إعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني ويبطل إعتاق ذلك النصف
لأن الشرط في الكل مطلقا إعتاق كل الرقبة قبل المسيس ولم يوجد فتقرر الإثم بذلك المسيس ثم لم يمكن اعتبار ذلك النصف من الشرط
حتى يكفي معه عتق النصف لأن المجموع ليس قبل المسيس فالمسيس هو الشرط فتبقى الحرمة بعد المجموع كما كانت
إلى أن يوجد الشرط وهو عتق مجموع رقبته قوله وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته إلخ اعتبارا أنه لا يصوم من له خادم محتاج
المسكن وقال الشافعي رحمه الله والليث يجوز الصوم مع وجود الخادم واعتباره بالماء المعد للعطش والفرق عندنا أن الماء مأمور بإمساكه لعطشه والتيمم
محظور عليه بخلاف الخادم كذا ذكره الرازي في أحكام القرآن ويرد عليه المسكن وجوابه أنه بمنزلة لباسه ولباس أهله بخلاف الخادم وفي الإسبيجابي
يعتبر اليسار والإعسار وقت التكفير أي الأداء وبه قال مالك وقال أحمد رضي الله عنه والظاهرية وقت الوجوب وللشافعي أقوال كالقولين وثالثها
تعتبر أغلظ الحالين قوله فكفارته صوم شهرين إلخ صامهما بالأهلة أجزأه وإن كانت ثمانية وخمسين يوما وإن صامهما بغيرها فلا بد من ستين
يوما حتى لو أفطر صبيحة تسعة وخمسين وجب عليه الاستئناف قوله فإن جامع التي ظاهر منها كونها المظاهر منها قيد في لزوم الاستقبال على قول
أبي حنيفة فإنه لو جامع زوجة أخرى ناسيا لا يستأنف عنده أيضا كما لو أكل ناسيا لأن حرمة الأكل والجماع إنما هو للصوم لئلا ينقطع التتابع
ولا ينقطع بالنسيان بالنص فلا يوجب الاستقبال بخلاف حرمة جماع التي ظاهر منها فإنه ليس للصوم بل لوقوعه قبل الكفارة وتقدمها على
المسيس شرط فلما قبل الجماع ناسيا في أثنائه بطل حكم الصوم المتقدم في حق الكفارة على وزان ما قلنا في الجماع بعد عتق نصف العبد لصدق
كون المجموع ليس قبل التماس وكون سببه النسيان لا أثر له في نفي هذا الواقع وعدم إفساد للصوم بالنص على خلاف القياس وتقييده للسلا

وإن أفطر منها يوما بعذر أو بغير عذر استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وإن ظاهر العبد لم يجز في الكفارة إلا الصوم لأنه لا ملك له فلم يكن من أهل التكفير بالمال وإن أعتق المولى أو أطعم عنه لم يجزه لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه وإذا لم يستطع المظاهر الصيام أطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير أو قيمة ذلك لقوله عليه السلام في حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولأن المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله أو قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكاة وإن أعطى منا من بر ومنوين من تمر أو شعير جاز لحصول المقصود إذ الجنس متحد وإن أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه لأنه استقراض معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه

بكونه مانعا ليس بتبديل جماعها ليلا عامدا أو ناسيا سواء الا ان الخلاف في وطء لا يفسد الصوم **قوله** وان أفطر منها يوما بعذر كمرض أو سفر لزم الاستقبال بخلاف ما لو أفطرت المرأة للحيض في كفارة القتل والفطر في رمضان حيث لا تستأنف وتصل قضاءها بعد الحيض لو أفطرت يوما قبل القضاء الى بها الاستئناف لأنها لا تجد شهرين ليس فيهما أيام الحيض عادة ووجود شهرين ليس فيهما أيام المرض والسفر ثابت عادة كشهرين ليس فيهما نفاسها فلذا لو نفست في صوم كفارة الفطر والقتل استقبلت كما لو حاضت في خلال صوم كفارة اليمين فإنها تستقبل لأنها تجد ثلاثة أيام لا حيض فيها **قوله** لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه أو قعه تعليلا لقوله وان أطعم المولى عنه أو أعتق فأفاد ان معناه انه لكه وامره ان يعتق وليطعم ليكون هو المكفر اذ الا بد من الاختيار وإذا ملكه به أو جعل أو امر العبد فأمره ففعل ذلك فانه يتضمن تمليكه ثم اعتاقه عنه أو اطعامه واعلم ان للسيد ان يمنع عبده من صوم الكفارات الا كفارة الظهار لأنه يتعلق بها حق الزوجة **قوله** وإذا لم يستطع الصيام لمرض لا يرجى زواله أو كبر **قوله** أو قيمة ذلك أي من غير ما نص عليه فلو دفع منصوص عن منصوص آخر بطريق القيمة لم يجز الا ان يبلغ المدفوع الكمية المقدرة منه شرعا مثاله دفع نصف صاع تمر يبلغ قيمة نصف صاع بر أو صاعا من البر أو أقل من نصف صاع بر عن صاع تمر وقيمته تبلغه لم يجز فلو كان التمر صاعا دفعه عن نصف صاع بر جاز وهذا لأن لا اعتبار في المنصوص عليه بعين النص لا لمعناه ولو جاز ذلك في الاعتبار لزم ابطال التقدير المنصوص عليه في كل صنف وهو باطل ثم اذا فعله فالواجب عليه ان يتم للذين أعطاهم القدر المقدر من ذلك الجنس الذي دفعه لهم فان لم يجدهم بأعيانهم استأنف في غيرهم فان قيل لو كسى عشرة مساكين في كفارة اليمين ثوبا واحدا عن الاطعام جاز عنه إذا كانت قيمة نصيب كل منهم قيمة الاطعام مع ان كلا منهما منصوص عليه قلت المنصوص عليه الكسوة لا الثوب غير انها لا تتحقق الا بالثوب فلما لم يصب كلا ثوب لم يكن فاعلا لهذه الخصلة المنصوصة أعني الكسوة أصلا الا انه فاعل لها بطريق القيمة من منصوص آخر اذ لا كسوة الا بثوب يصير به مكتسيا فيكون فاعلا غير المنصوص بطريق القيمة عن المنصوص **قوله** في حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر وصوابه سلمة بن صخر والحديث غريب منهما وعند الطبراني في حديث أوس بن الصامت قال فأطعم ستين مسكينا ثلاثين صاعا قال لا أملك ذلك الا ان تعينني فأعانه النبي صلى الله عليه وسلم بخمسة عشر صاعا وأعانه الناس حتى بلغ انتهى ومقتضاه انه كان برا لأن التمر والشعير يجزي فيه نصف صاع وقد بينا عن أبي داود من طريق ابن اسحق عن معمر بن عبد الله بن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام في حديث أوس بن الصامت قال صلى الله عليه وسلم فاني سأعينه بعرق من تمر قالت يا رسول الله وانا أعينه بعرق آخر قال أحسنت قال فيه والعرق ستون صاعا وأخرج الحديث أيضا بهذا الاسناد الا انه قال والعرق مكتل يسع ثلاثين صاعا وهذا أصح لأنه لو كان ستين لم يحتج الى معاونتها أيضا بعرق آخر في الكفارة وأخرج أبو داود عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا وهذه معارضة في انه كان المخرج تمرا وبرا والله تعالى أعلم وأما الذي في حديث سلمة بن صخر البياضي قال فأطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا قال والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما لنا طعام قال فانطلق الى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها اليك فأطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها الحديث أخرجه أحمد وأبو داود وكفى ما أثبتناه في صدقة الفطر من ان الواجب من البر نصف صاع اذ لا قائل بالفرق في كمية المخرج في الصدقات الواجبة **قوله** لأن الجنس متحد وهو جنس

... وقال الشافعي لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة
ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما الواجب في الزكوة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة ولو كان
فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولابد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام
وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزأه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم
فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد
بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص

هذه الكفارة وهو الاطعام بخلاف الكسوة مع الاطعام وبخلاف الاعتاق يعني عبدين مشتركين بينه وبين غيره على قول ابي حنيفة فان الجنس وان كان متحدا لكن امتنع الاجزاء فيه لمانع آخر وهو ان المامور به اعتاق رقبة ونصف رقبتين ليسا رقبة بخلاف الاضحية فان الاشتراك فيها لا يمنع الاضحية من حيث هو اشتراك لما علم من جواز الاشتراك في البدنة شرعا **قوله** فان غداهم وعشاهم جاز المعتبر اكلتان مشبعتان لكن يجوز غداءان او عشاءان او عشاء وسحور وفي جميع سائر الكفارات ككفارة الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد والفدية سواء كانا غداءين او عشاءين او غداء وعشاء او عشاءين بعد الساعة والستين ولو غدى ستين وعشى آخرين لم يجزه واعتبر الاشباع من ابي حنيفة في كفارة اليمين لو قدم بين يدي عشرة اربعة ارغفة او ثلثة فشبعوا اجزأهم وان لم يبلغ ذلك الصاع او نصف صاع فان كان احدهم شبعان اختلفوا قال بعضهم يجوز لانه وجد الطعام عشرة وقد شبعوا وقال بعضهم لا يجوز فان المعتبر اشباعهم وهو لم يشبعهم بل اشبع التسعة **قوله** وهو حقيقة في التمكين من الطعم لا يقال الاتفاق على جواز التمليك فلو كان الحقيقة ما ذكرتم كان لفظ الاطعام مشتركا بينهما معا او في حقيقته ومجازه لانا نقول بجواز التمليك عندنا بدلالة النص والدلالة لا تمنع العمل بالحقيقة كما في حرمة الشتم والضرب مع التافيف كذا هذا فالنص على دفع حاجة الاكل فالتمليك الذي هو سبب لدفع كل الحاجات التي من جملتها الاكل يجوز فانه مع دافع لحاجة الاكل وغيره **قوله** وان اطعم مسكينا واحدا ستين يوما اجزأه وقال مالك والشافعي وهو الصحيح من مذهب احمد لا يجزيه وهو قول اكثر العلماء لانه تعالى نص على ستين مسكينا وبتكرر الحاجة في مسكين واحد لا يصير ستين فكان التعليل بان المقصود سد خلة المحتاج الى آخر ما ذكر مبطلا لمقتضى النص فلا يجوز والحاجات موافقة لهذا الاصل وكذا قالوا في المسئلة الآتية عن قريب وهي ما اذا ملك مسكينا واحدا وظيفة ستين بدفعة واحدة لا يجوز لان التفريق واجب بالنص فيكون المدفوع كله من وظيفة واحدة كما اذا رمى الجمرات السبع بمرة واحدة تحتسب من رمية مع ان تعليق الدفع غير مصرح به وانما هو مدلول التزامي لعدد المساكين ستين فالنص على العدد اولى لانه المستلزم وغاية ما يعطيه الكلام ان تكرر الحاجة بتكرر المسكين حكما فكان تعددا حكما وتمامه موقوف على ان ستين مسكينا مراد به الاعم من الستين حقيقة او حكما ولا يخفى انه مجاز فلا مصير اليه الا بموجب فان قلت المعنى الذي باعتباره يصير اللفظ مجازا ويندرج فيه التعدد الحكمي ما هو قلت هو الحاجة لكون ستين مسكينا مجازا من ستين حاجة وهو اعم من كونها حاجات ستين او حاجات واحد اذ المتحقق تحريرا الا ان الظاهر انما هو ذوات المساكين مع عقلية ان العدد مما يقصد لما في تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء **قوله** وهذا اي عدم الاجزاء المدلول عليه بقوله لم يجزه الا عن يومه يعني اذا دفع ستين مرة لواحد في يوم بطريق الاباحة لا يجوز من غير خلاف لانه قبل تجدد الحاجة بتجدد اليوم الثاني فكان اطعام الطاعم اما لو كانت المرات تمليكات في اليوم الواحد فقيل لا يجوز ايضا الا عن يومه ذلك وصححه في المحيط لان المجوز سد الخلة وقد اندفعت حاجة الطعم في ذلك اليوم يعرف باليوم مقامه فالصرف اليه بعده في يومه للطاعم فلا يجوز كما لا يجوز لو كان اطعاما حقيقة وكالدفع الى الغني بخلاف الدفع من كفارة اخرى ودفع غيره من كفارة مثلها لان المدفوع كالهالك بالنسبة اليها فان قيل لو كسى مسكينا واحدا عشرة اثواب في عشرة ايام حيث يجوز لتفرق الدفع مع عدم تجدد الحاجة الى الثوب بتجدد اليوم قلنا تجدد الحاجة الى الثوب يختلف باختلاف احوال الناس فلا يمكن تعليق الحكم في الثوب

وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستانف لانه تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر
على الاعتاق او الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه
الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان بالمؤدى وفاء
بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية والمؤدى يصلح
كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية
في حكم مسكين آخر ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين
مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء

بتجدد الحاجة اليه فاقيم معنى الزمان مقامها لانها تتجدد به وادنى ذلك يوم لتجدد الحاجات وما دونه ساعات لا يمكن ضبطها وقيل يجزئ
لان التمليك لما اقيم مقام حقيقة الاطعام وتفرع من ذلك نظر اليه من حيث انه تمليك والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فكان
المدفوع هالكا بالنسبة الى المدفوع ثانيا كما هو هالك بالنسبة الى دافع آخر وكفارة اخرى وح فلا معنى لاشتراط زمان آخر لتجدد الحاجة
اذ الحال قيامها وربما يشعر اقتصار المص بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره الا ان الاول هو ظ فكانه جوابه منع كون التمليك
لما اقيم مقام الاطعام اعتبر في ذاته من حيث هو تمليك بل يجب اعتباره من حيث هو اطعام لانه لما اقيم مقام الشئ اعتبرت فيه احكام ذلك
الشئ واما ما يعتقده من عدم جواز التمليك كالاطعام لواحد ولو في اليوم الثاني لما فيه من مصادمة النص بالمعنى مع انه معنى معارض لمعنى
آخر هو ما ذكرناه **قوله** وان قرب التي الخ الحاصل انه يجب تقديم الاطعام على المسيس فان قربها في خلاله لم يستانف لانه تعالى ما شرط
فيه ان يكون قبل المسيس ونحن لا نحمل المطلق على المقيد وان كانا في حادثة واحدة بعد ان يكونا في الحكم والوجوب لم يثبت الا لتوهم
وقوع الكفارة بعد التماس بيانه انه لو قدر على العتق او الصيام في خلال الاطعام او قبله لزمه التكفير بالمقدور عليه فلو جوز للعاجز
عنهما العود قبل الاطعام ثم اتفق قدرته فلزم التكفير به لزم ان يقع العتق بعد التماس والمفضي الى الممتنع ممتنع وفيه نظر فان
القدرة حال قيام العجز بالفقر والكبر والمرض الذي لا يرجى زواله امر موهوم وباعتبار الامور الموهومة لا تثبت الاحكام ابتداء بل
يثبت الاستحباب وح فالاولى الاستدلال بما ذكرنا اول الفصل من النص ولا نعلل بما ذكر **قوله** لمعنى في غيره هو توهم القدرة على
العتق او الصوم لا يعدم المشروعية فلم تنعدم مشروعية الكفارة بالاطعام تخلل الوطء **قوله** عن ظهارين سواء كانا من امرأة او امرأتين **قوله**
الخ حاصل الوجه انه وجد المقتضي للوقوع عنهما فيقع وذلك لان المقتضي للاجزاء عنهما صرف المالية التي تجزي عن كفارتين الى
المحل مقرونا بنية كونه عما عليه والكل ثابت فيلزم حكمه وهو الاجزاء والجواب منع وجود المقتضي وانما يكون قيده لو كانت تلك النية معتبرة
لكنها في الجنس الواحد لغو لانها انما اعتبرت لتمييز بعض الاجناس عن بعض لاختلاف الاغراض باختلاف الاجناس فلا يحتاج اليها في الجنس
الواحد لان الاغراض لا تختلف باعتباره فلا يعتبر فيه مطلق الظهار وبمجرده لا يلزم اكثر من واحد وكون المدفوع لكل
مسكين اكثر من نصف صاع لا يستلزم ذلك لان نصف الصاع ادنى المقادير لا تمتنع الزيادة عليه بل النقصان بخلاف ما اذا فرق الدفع
او كانا جنسين وقد يقال اعتبار الحاجة الى التمييز هو محتاج اليه في اشخاص الجنس الواحد كما في الاجناس وقد ظهر اثر هذا الاعتبار فيما
صرحوا به من انه لو اعتق عبدا على عن احد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم يلغ حتى تحل وطء التي عينها ومن النوادر ظن انه ظاهر منها فاعتق
ثم تبين انه ظاهر من غيرها لا يجزيه ومنها نية كفارة عمرة لا يجزيه عن نية كفارة زينب فهنا ايضا يجب ان يلغو الثبوت بالغرض الصحيح
في نية الظهارين وهو حلهما معا فيجب بناء حله ادعاء ثبوت المانع هنا وهو عدم سعة المحل للكفارتين فان محلهما في الاطعام مائة
وعشرون مسكينا بخلاف صورة الاعتاق ولهذا يصير حاصل الجواب تسليم وجود المقتضي وادعاء المانع وهو رجوع الانقطاع عن الطريق
الاول اذ قد ظهر صحة اعتبار النية في الجنس الواحد ثم قد يقال عليه ان اعتبار ستين مائة وعشرين بالنظر الى كفارتين
ليس بابعد من اعتبار الواحد ستين في كفارة واحدة وباعتبار تجدد الحاجة هو الاتفاق على ان وظيفة الواحد مستهلكة بالنسبة

بل عنق عن ظهار واحد صح وقال زفر لا يجزيه عن واحد من الظهارين وقال الشافعي له ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما لخروج الامر من يده وجه قولنا ان التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فيلغو وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارات ههنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يومين عن قضاء رمضان من يومين يجزيه عن قضاء يومين ولو نوى ظهر الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد فيه من التعيين والله اعلم

باب اللعان

الى كفارة اخرى فهو محتاج آخر بالنسبة اليها فادفع الامع قيام الحاجة بالنسبة لصلى كفارة اخرى **قوله** وان اعتق مؤمنة وصام شهرين لم يجز عن واحد منهما هذا اذا كانت الرقبة مؤمنة فان كانت كافرة صح من الظهار لان الكافرة لا تصلح كفارة القتل متعينت للظهار **قوله** في الفصلين اي صورتا اتحاد الجنس واختلافه **قوله** لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود وهو الستر او اشتراك الجناية جنس واحد ولذا حمل المطلق منها على المقيد في الآخرى **قوله** لخروج الامر من يده فانه وقع لغوا اذ لا يصح اعتاق نصف رقبة من كفارة وبذلك خرج من يده امكان ان يجعله من احدهما لانه بعدما وقع عنهما لا ينقلب الى غيره **قوله** فتلغوا اذا لغت بقيت نية مطلق الظهار فله ان يعين ايهما شاء كما لو اطلقها في الابتداء **قوله** واختلاف الجنس الخ لما تعلق باختلاف الجنس واتحاده اجوبة المسائل افاد ما به الاختلاف والاتحاد فما اختلف سببه فهو المختلف وبالا فالمتحد والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين لاختلاف السببين اعني الوقتين حقيقة او حكما اما حقيقة فظاهر وكذا حكما لان القضاء لم يتعلق بوقت يخصه بل له ان يوقعه من يوم غيره من آخر بخلاف صوم رمضان لانه متعلق بشهود الشهر وهو واحد جامع للايام كلها بلياليها فكل يوم وان كان سببا لصومه فكذا شهود الشهر فاجتمع في وجوب صوم كل يوم سببان شهود الشهر وخصوص اليوم فباعتبار احد السببين لا يحتاج في نية قضائه الى تعيين يوم اول ثبت بخلاف الصلوات فان تعذر رعاية ذلك نوى اول ظهر عليه او آخر ظهر عليه ان لم يكن ساقط الترتيب وقد اسلفناه في باب قضاء الصلوة وكذا اشترط التعيين في اليومين من رمضانين فينوي عن رمضان الاول والثاني لاختلاف السبب مطلقا لعدم تعلق الخطاب بهما بزمان يجمعهما ولو نوى ظهرا وعصرا او ظهرا وصلوة الجنازة لم يكن شارعا في شيء منهما للتنافي وعدم الترجيح بخلاف ما لو نوى ظهرا ونفلا حيث يقع من النفل عند ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ترجيحا بالاقوى ولا يصير شارعا عند محمد اصلا للتنافي ولو نوى صوم القضاء والنفل او الزكوة والتطوع او الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد لان النيتين لما بطلتا بالتعارض بقي مطلق النية وبها يصح النفل وعند ابي يوسف يقع من الاقوى لان نية التطوع غير محتاج اليها فلغت فبقي نية القضاء ولو نوى حجة الاسلام والتطوع فهو عن حجة الاسلام اتفاقا عند ابي يوسف لما ذكرنا وعند محمد لانه لما بطلت الجهتان بالتعارض بقي مطلقا وبه تتأدى حجة الاسلام والله اعلم ولو نوى القضاء وكفارة الظهار كان عن القضاء استحسانا وفي القياس يكون تطوعا وهو قول محمد لتدافع النيتين فصار كانه صام مطلقا وجه الاستحسان ان القضاء اقوى لانه حق الله تعالى على الخلوص وكفارة الظهار لا فارق له فيترجح القضاء وعن محمد فيمن نذر صوم يوم بعينه فنواه وكفارة اليمين انه عن النذر لانه نفل في اصله وقدمنا هذا في كتاب الصوم وذكرنا الزام محمد رحمه الله وعنه في النفل في صورة نية الظهر والنفل فارجع اليه فليكن هذه الرواية عنه فيه هذا وما يكون على الاصل الممهد ما عن ابي يوسف رحمه الله في المنتقى لو تصدق بدرهم عن يمين وظهار فله ان يجعله عن احدهما استحسانا

والله الموفق

باب اللعان هو مصدر لاعن سماعي لا قياسي والقياس الملاعنة وكثير من النحاة يجعلون الفعال والمفاعلة مصدرين قياسيين لفاعل وهو من اللعن وهو الطرد والابعاد ويقال منه التعن اي لعن نفسه ولاعن اذا فاعل غيره ورجل لعنة بفتح العين اذا كان كثير اللعن

قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن

لغيره ويكونها اذا لعنه الناس كثيرا قال الحنيف اكرمه فان ميتة حق ذلك لغة للتنزيل وفي الفقه هو اسم لما يجري بين الزوجين
من الشهادات بالالفاظ المعروفة سمى ذلك به لوجود لفظ اللعن في الخامسة تسمية للكل باسم الجزء ولم يسم باسم من الغضب وهو ايضا موجود فيها
لانه في كلامها وذلك في كلامه وهو اسبق والسبق من اسباب الترجيح وشرطه قيام النكاح وما يذكر وسببه قذفه زوجته بما يوجب الحد في الاجنبية
وركنه ذلك المذكور وحكمه حرمتها بعد التلاعن على ما سيأتي واهله من كان اهلا للشهادة **قوله** اذا قذف الرجل امرأته بالزنا بان يقول انت زانية
او رأيتك تزنين او يا زانية هذا مذهب الجمهور وفي المشهور عن مالك لا يجب بقوله يا زانية بل يجب فيه الحد وهو قول الليث وعثمان
البتي ويحيى بن سعيد وتمسكت بان الكل رمي بالزنا وهو سبب فلا فرق **قوله** وهما من اهل الشهادة اي من اهل ادائها من المسلم فلا يجري
اللعان بين الكافرين والمملوكين ولا اذا كان احدهما مملوكا او صبيا او مجنونا او محدودا في قذف واورد انه يجري بين الاعميين والفاسقين
مع انه لا اداء لهما ودفع بانهما من اهله الا انه لا يقبل للفسق ولعدم تمييز الاعمى بين المشهود له وعليه وهنا هو يقدر على ان يفصل بين نفسه وبين
غيره فكانا من اهله اهل الشهادة دون غيرهما وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة رحمه ان الاعمى لا يلاعن **قوله** ممن يحد قاذفها فلو كانت لا يحد قاذفها
بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها فيه او كان لها ولد وليس له اب معروف او زنت في عمرها ولو مرة او وطئت وطئا حراما بشبهة ولو مرة
لا يجري اللعان واورد ما فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها وهو مشروط في جانب الرجل ايضا حتى لو كان الزوج ممن لا يحد قاذفه لا يجري اللعان بينهما لان كان
ممن يحد قاذفها او حاشية النهاية بان اللعان في حقه قائم مقام حد القذف فلا بد من احصانها حتى يقع مقام حد القذف وعند عدم احصانها قذفها لا يكون موجبا شيئا لا الحد للقذف ولا اللعان
قذف الرجل عند عدم احصانه فموجب ما هو الاصل وهو حد القذف فلم يخل قذفه عند عدم احصانه عن موجب فلذلك لم يشترط كونه ممن يحد
قاذفه اذا الحد اصل للعان فكان في معنى اللعان قال في شرح الكنز هذا خطأ فاحش لان من شرط اللعان ان يكونا من اهل الشهادة
لا يشترط كونه ممن يحد قاذفه كالزاني لا يحل هنا اشترط لان اللعان يجري بين الفاسقين وانما اشترط ذلك فيها لتثبت عفتها لان حد القذف
لا يجب الا اذا كان المقذوف عفيفا عن الزنا فكذا اللعان لانه قائم مقام حد قذفها وهذا لان شرط اللعان ان تطالب المرأة بموجب
القذف وهو الحد واذا لم تكن ممن يحد قاذفها لا تطالبه بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد في حقه هذا المعنى فلا معنى يمتنع انتهى
والحاصل ان المرأة هي المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط اهلية الشهادة بخلافه فانه ليس بمقذوف
وهو شاهد فاشترطت اهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه **قوله** والاصل اي الاصل في اشتراط اهلية الشهادة فيهما واشتراط
كونها مع ذلك عفيفة ممن يحد قاذفها ان اللعان شهادات مؤكدات بالايمان فلذلك اشترطنا اهلية الشهادة فانه قائم مقام
حد القذف في حقه لكان كاذبا في قذفه لها فلذلك اشترطنا كونها ممن يحد قاذفها ومقام حد الزنا في حقها ان كان صادقا **قوله** عندنا
قيد بهذا الظرف ليفيد الخلاف فعند الشافعي اللعان ايمان مؤكدات بالشهادات وهو الظاهر من اقوال مالك واحمد فمن كان اهلا
لليمين وهو من يملك الطلاق فكل من يملكه فهو اهل له عنده فيجب اللعان بين كل زوج عاقل وان كان كافرا او عبدا فهو قول مالك
واحمد رواية كقولنا وجه قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله فقوله تعالى بالله محكم في اليمين والشهادة تحتمل اليمين الا ترى
انه لو قال اشهد ينوي اليمين كان يمينا فحملنا المحتمل على المحكم لان حمله على حقيقته متعذر لان المفهوم في الشرع عدم قبول شهادة

فكانها قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس وقال الله تعالى
فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم
مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون
هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف ولا بد من طلبها لانه حقها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون
الولد من غيره بان وطئت بشبهة كما اذا نفاه اجنبي عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به

الانسان لنفسه بخلاف يمينه وكذا المعهود شرعا عدم تكرار الشهادة في موضع بخلاف اليمين فانه معهود في القسامة ولان الشهادة محلها
الاثبات واليمين للنفي فلا يتصور تعلق حقيقتهما بامر واحد فوجب العمل بحقيقة احدهما ومجاز الآخر فليكن المجاز لفظ الشهادة لما قلنا
من الموجبين المذكورين فهذا التقرير يقتضي في حل مذهبه ان يقال ايمان مؤكدة بالايمان مؤكدة بالشهادة ولنا الآية لان المراد
والحمل على الحقيقة يجب عند الامكان وقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم اثبت انهم شهداء لان الاستثناء من النفي اثبات وجعل
الشهداء مجازا عن الحالفين يصير المعنى ولم يكن لهم حالفون الا انفسهم وهو غير مستقيم لانه يفيد انه لما لم يكن للذين يرمون ازواجهم
من يحلف لهم يحلفون هم لانفسهم وهذا فرع تصور حلف الانسان لغيره وهو لا وجود له اصلا فلو كان معنى اليمين حقيقيا للفظ الشهادة كان
هذا صارفا عنه الى مجازه فكيف وهو مجازي لها فلو لم يكن هذا كان امكان العمل بالحقيقة موجبا لعدم الحمل على اليمين فكيف وقد وجد
صارف عن المجاز وما توهم صارفا مما ذكر غير لازم قوله فقبول الشهادة لنفسه وتكرار الاداء لا عهد به قلنا وكل من حلف لغيره والحلف لا
الحكم لا عهد به بل اليمين لدفع الحكم فان جاز لمن له ولاية الايجاد والاعدام والحكم كيف ما اراد شرعية هذين الامرين في محل
بعينه ابتداء جاز له ايضا شرعية ذلك ابتداء ثم هو اقرب في القول لعقلية كون التعدد في ذلك المحل لرعاية لا اماعية جعله من اقامة
شهود الزنا وهم اربع وعدم قبول الشهادة لنفسه عند التهمة ولهذا يثبت عند عدمها اعظم ثبوت قال الله تعالى شهد الله انه لا اله
الا هو فغير بعيد ان يشرع عند ضعفها بواسطة تاكيدها باليمين والزام اللعنة والغضب ان كان كاذبا مع عدم ترتب موجبها في حق كل من
الشاهدين اذ موجب الشهادة كل واحد اقامة الحد على الآخر وليس ذلك بثابت هنا بل الثابت عندها هو الثابت بالايمان هو
اندفاع موجب دعوى كل من الآخر وانما قلنا عندها ولم نقل بها لان هذا الاندفاع ليس موجب الشهادتين بل هو موجب تعارضهما
واما قوله اليمين للنفي الخ فمحلها اذا وقعت في انكار دعوى مدع والا فقد يحلف على اخبار بامر نفي او اثبات وهذا كذلك فانها على
صدقه في الشهادة والحق انها على ما وقعت الشهادة به وهو كونه من الصادقين فيما رماها به كما اذا جمع ايمانا على امر واحد بخبر به فانا
هذا هو حقيقة كونها مؤكدة للشهادة اذ لو اختلف متعلقها لم يكن احدهما مؤكدا للآخر وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط اهلية الشهادة وعدمها

قوله قائمة مقام حد القذف في حقه اي بالنسبة الى كل زوجة على حدة لا مطلقا الا يرى انه لو قذف بكلمة او بكلمات اربع زوجات
له بالزنا لا يجزيه لعان واحد لهن بل لا بد من ان يلاعن كلا منهن على حدة ولو كن اجنبيات فقذفهن حد حدا واحدا لهن وسبب هذا
الافتراق ان المقصود يحصل في اقامة الحد الواحد للكل وهو دفع العار عنهن ولا يحصل ذلك في اللعان الا بالنسبة الى كل واحدة وتعذر
اجتماع الكل في كلمة **قوله** ويجب بنفي الولد سواء عن كونه منها او ولدها من غيره ويجب ارادة هذا الاطلاق فقوله في الغاية
او نفي نسب ولدها المولود على فراشه لا يقيد لانه لو نفى نسب ولدها من غيره من ابيه المعروف يكون قذفا لها كما لو نفاه عنه اجنبي
فيكون موجبه اللعان لما قلنا كذا في شرح الكنز **قوله** ولا يعتبر احتمال الخ جواب عن مقدر تقديره ان النفي ليس بقذف لها بالزنا لاحتمال
كون الولد من غيره بوطء بشبهة لا زنا اجاب بانه احتمال لا يعتبر لان النسب وان كان مما يثبت من الوطء بشبهة لكن الواقع انتفاء
ثبوته الا من هذا الفراش القائم فاذا نفاه عنه مع عدم ثبوته من غيره كان نفيا لثبوت نسبه مطلقا ويستلزم كونه من زنا فكان

ويشترط طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو
قادر على ايفائه فيحبس به حتى ياتي بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص الا انه
يبتدئ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه

تقذفا ما لم يظهر خلافه ولم يظهر بعد وانما بقي فيه احتمال كونه في نفس الامر من غير زنا ولا عبرة به فان هذا الاحتمال قائم بعينه فيما اذا صرح بنسبته
الى الزنا به ثم شبهه بما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف يعني فانه يكون قذفا موجبا للحد وان كان ذلك الاحتمال قائما فيه وهذا مصرح
بخلاف ما في المحيط من انه اذا نفى الولد فقال ليس بابني ولم يقذفها بالزنا لا لعان بينهما لان النفي ليس بقذف لها بالزنا يقينا لذلك
الاحتمال وفي النهاية والدراية جعلا هذا قول الشافعي ثم قال اجمعوا انه لو قال لاجنبية ليس هذا الذي ولدته من زوجك لا يصير قاذفا
ما لم يقل انه من الزنا قال والقياس ما قاله الشافعي الا انا تركناه للضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بان
لم يقربها او عزل عنها عزلا بينا واتت به من ابن هو ليس يعني فيحتاج الى نفيه لانه لا يستلحق من ليس منه يقينا ولا يمكن منه الا باللعان
وثبوته فرع اعتباره قاذفا فاعتبر كذلك لهذه الضرورة وهذه الضرورة منعدمة في حق غيره وجواب الفصلين يخالف جوابهما المصرح
في الهداية والعجب من صاحب الدراية حيث قال في تقريره لما في الكتاب ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد الخ لانه يصير قاذفا ما لم
مع وجود هذا الاحتمال كما في نفي الاجنبي نسبه من ابيه المعروف ونقله من الايضاح والمبسوط ثم نقل قول الشافعي كما في النهاية ثم
اورد صورة الاجنبية متفقا عليه فقال كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد من زوجك ولم يعده في جوابه بل ذكر في جوابه الفرق الذي
ذكره في النهاية بين قوله لاجنبية وقوله لزوجته وهو تناقض ظاهر ومخالف لما ذكره في الكتاب وغيره من المواضع كالايضاح
والمبسوط وغيرهما وفي كتاب الحدود فانه قال ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد قيل وذكر في جوامع الفقه وغيره
لو قال وجدت معها رجلا يجامعها ليس بقذف لها لانه يحتمل الحل والجماع لشبهة والنكاح الفاسد فكان ينبغي ان يكون كذلك هنا يعني
في نفي نسب ولد من زوجته اجيب عنه بانا جعلناه كالتصريح بالزنا للضرورة التي بيناها قلت وعلى ما هو الحق فالجواب ان الجماع
لا يستلزم الزنا بخلاف قطع نسبه من كل وجه على ما قررنا فانه يستلزمه **قوله** ويشترط طلبها وبه قالت الائمة الثلاثة لانه اي اللعان
حقها لانه لدفع العار عنها فيشترط طلبها بخلاف ما اذا كان القذف بنفي الولد فان الشرط طلبه لاحتياجه الى نفي من ليس ولده **قوله** فان امتنع
حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد وعند الشافعي رحمه الله اذا امتنع حد حد القذف وكذا اذا لاعن فامتنعت عنده تحد حد الزنا
وعندنا تحبس حتى تلاعن او تصدقه ويرتفع سبب وجوب لعانها وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا كذب كل الآخر فيما ادعاه
ولا وجه ما القذف فهو سبب التكاذب فالتكاذب شرط وفي بعض النسخ فيرتفع السبب فهذا اذا اعترف بالقذف ولو انكر فاقامت بينة
قبلت ولزمه اللعان وفي الجامع لو مات الشاهدان وغابا بعدما عدلا لا يقضي باللعان وفي المال يقضي بخلاف ما لو عميا او فسقا
او ارتدا حيث يلاعن بينهما وفي بعض نسخ القدوري او تصدقه فتحد فهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق اربع
مرات لان التصديق ليس باقرار قصدا بالذات فلا يعتبر في وجوب الحد بل في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ولو صدقته
في نفي الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما لان قطع النسب انما ثبت حكما للعان ولم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان في ابطاله وجه
قول الشافعي رضي الله عنه ان الواجب بالقذف مطلقا الحد لعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء
فاجلدوهم الآية الا انه يمكن من دفعه فيما اذا كانت المقذوفة زوجته باللعان تخفيفا عليه فاذا لم يدفعه يحد وكذا في المرأة اذا لم تلاعن

او كافرا او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه وان كان من اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك قوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك

فعند الوجوب الزوج عليهما اللعان بلعانه فاذا امتنعت حدت للزنا ويشير اليه قوله تعالى ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله ولنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم الى قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله اي فالواجب شهادة احدهم وقد عرف ان فاء الجزاء يحذف بعدها المبتدأ كثيرا فافاد ان الواجب في قذف النساء اللعان فاما ان يكون ناسخا او مخصصا لعموم ذلك العام للاجماع على انه ليس بمنسوخ وعلى التقديرين يلزم كون الحكم الثابت في قذف الزوجات انما هو هو فلا يجب غيره وعند الامتناع عن ايفائه يحبس لايفائه كما في كل حق امتنع من هو عليه من ايفائه يحبس ليوفيه والثابت عندنا انه بطريق النسخ لا انه مخصص لان العام وهو مخصص اول وللعام المتأخر على ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال للذي قذف امرأته ائت باربعة شهداء والا فحد في ظهرك قبل نزول آية اللعان ولم يتعين كون المراد من العذاب في الآية الحد لجواز كونه الحبس واذا قام الدليل على ان اللعان هو الواجب وجب حمله عليه قيل والعجب من الشافعي رضي الله عنه لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده ولو كان عبدا او فاسقا والعجب منه انه يمين عنده وهو لا يصلح لايجاب المال ولا لاسقاطه بعد الوجوب ثم يسقط به كل من الرجل والمرأة به الحد عن نفسه ويوجب به الرجم الذي هو اغلظ الحدود على المرأة فان قال انما وجب عليها لنكولها عن اللعان قلنا هو ايضا من ذلك العجب كون النكول اقرارا فيه شبهة والحد مما يندفع بها مع انه لا يكون بمنزلة الاقرار مرة ثم ان هذه الشبهة اثرت في منع ايجاب المال اذ يثبت مع الشبهة فكيف يوجب الرجم به وهو اغلظ الحدود واصعبها اثباتا واكثرها شروطا وشبهه كانه الحاكم اذا شهد الزوج وثلاثة غيره على امرأته بالزنا جازت شهادتهم وتحد وان كان الزوج قذفها وجاء بثلاثة فشهدوا حد الثلاثة ولاعن الزوج **قوله** او كافرا صورته ما اذا كان الزوجان كافرين فاسلمت فنفى نسبها الزوج قبل عرض الاسلام عليه **قوله** فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات يعني الحد ولا يخفى في هذا الكلام الا ان يكون الموجب الاصلي هو الحد في حق العموم وقد قيل له ان يسقط باللعان كما قال الشافعي رحمه الله واما على ما قررنا من ثبوت نسخها في قذف الزوجات فلا يكون للحد وجوب في قذفهن لارتفاع المنسوخ فلا يجب المصير اليه فليس الا المصير الى غير حكمه والدليل ينفيه والحق في التقرير ان يقال النص انما نسخ حكم الحد في حق من كان من اهل الشهادة من الازواج لا في كل زوج لان لفظ الناسخ ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم تقيد ذلك وبقي العام موجبا حكمه وهو وجوب الحد فيمن لم يكن اهلا فيعمل بمقتضاه **قوله** وان كان اي الزوج من اهل الشهادة وهي ليست من اهلها او من اهلها الا انها لا يحد قاذفها بان تكون قد زنت في عمرها فلا حد ولا لعان وهو ظاهر فيما اذا كانت لا يحد قاذفها اما اذا كانت ممن يحد قاذفها الا انها ليست من اهل الشهادة بان تكون مسلمة محدودة في قذف فقد يقال امتناع اللعان لعدم شرطه من اين يستلزم امتناع الحد والحال انها ممن يحد قاذفها فيصار كامتناع اللعان من جهة الزوج لم يسقط الحد عنه والجواب ان الزوج لما كان اهلا للعان بان كان اهلا للشهادة لم يكن حكم قذفه الا اللعان لا الحد فاذا امتنع من جهتها امتنع تمام الموجب بخلاف ما اذا امتنع من جهته لعدم اهليته للشهادة فان حكم قذفه ليس اللعان بل الحد لما بينا **قوله** والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اربعة لا لعان بينهم اخرج ابن ماجه في سننه عن ابن عطاء عن ابيه

ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد وصفة اللعان أن يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير إليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا والأصل فيه ما تلوناه من النص وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا

عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أربعة من النساء لا ملاعنة بينهم النصرانية تحت المسلم واليهودية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك وأخرجه الدارقطني عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي عن عمرو بن شعيب وأسنده بالطريق الأول أيضا وقال وتابعه يعني تابع عثمان بن عطاء الخراساني يزيد بن زريع عن عطاء وهو أيضا ضعيف وروي عن الأوزاعي وابن جريج وهما إمامان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قوله ولم يرفعاه ثم أخرجه كذلك موقوفا ثم أخرج عن عمار بن مطر عن حماد بن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر نحوه وضعف رواته وأنت علمت أن الضعيف إذا تعددت طرقه كانت حجة فهذا كذلك خصوصا وقد اعتضد برواية الإمامين إياه موقوفا على جد عمرو بن شعيب على أن معنى الحديث المذكور مما يدل عليه آية اللعان على التقدير الذي ذكرناه من أنها شهادات الخ **قوله** ولو كانا محدودين فعليه الحد لأن امتناع اللعان بمعنى من جهته وكذا إذا كان هو عبدا وهي محدودة في قذف يحد لما ذكرنا بخلاف ما إذا كانا كافرين أو مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وإن امتنع من جهته لأن قذف الأمة والكافرة لا يوجبه بخلاف قذف المحدودة إذا كانت عفيفة فإنه لو قذفها أجنبي يحد فكذا الزوج ولو قذف الكافرة والأمة أجنبي لا يحد فكذا الزوج فيهما كما لو كانا صغيرين أو مجنونين وعند الشافعي رحمه الله وغيره يلاعن في الكل لأن كل من هؤلاء من أهل اليمين فهو أهل لها إلا إذا كان أحدهم صغيرا أو مجنونا قيل عليه كما أن امتناعه يعني من جهته كذلك هو يعني من جهتها فكان ينبغي أن تراعى الجهتان فباعتبار جهته ينبغي أن ينتفي اللعان فقط وباعتبار جهتها يسقط اللعان فيتبعه سقوط الحد والجواب أن القذف يوجبهما ولا يسقط وهو متحقق فيه اللعان إن كان أهلا للشهادة والحد إن لم يكن وعدم أهليتها مانع ولا اعتبار للمانع إلا بعد وجود المقتضي لأن مفهوم المانعية يقتضي ذلك وحقيقة نسبته إلى المقتضي بالمنع ولا وجود لمقتضي اللعان فلا يعتبر المانعية من جهتها للعان والحد إنما يسقط بما من جهتها بما يسقط اللعان ولم يعتبر المسقط المتحقق من جهتها فبقي على ما كان وقد كان ثابتا فإن قذف الزوج موجب للحد **قوله** صفة اللعان الخ هذا نص الآية كذلك حتى لو أخطأ القاضي فبدأ بها قبله لا يعتد بما شهدت فتعيد وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله وأشهب من المالكية وفي البدائع ينبغي أن يعيد اللعان عليها لأن اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج ولا يصح القدح في الشهادة قبل وجودها ولهذا يبدأ بشهادة المدعي في باب الدعوى ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا هنا فإن لم يعد حتى فرق بينهما نفذت الفرقة لأن تفريقه صادف محل الاجتهاد ولأنه يرى أن اللعان ليس بشهادة ويجوز تقديم إحدى اليمينين على الأخرى كتحالف المتبايعين فإذا لم يلزم مراعاة الترتيب فلا يلزم الإعادة كقول الشافعي رحمه الله لكن في الغاية لو بدأ بلعانها فقد أخطأ السنة والحكم جائز وبه قال مالك رضي الله عنه وهو أوجه لأن النص أعقب الرمي بشهادة أحدهم وشهادتها الدارئة للعذاب عنها بقوله ويدرؤ عنها العذاب والعذاب الذي تدرؤه شهادتها على وزان ما قلنا في سقوط الترتيب في الوضوء من أنه أعقب جملة الأفعال القيام إلى الصلاة ... على غسل الوجه فانظره ثمة **فرع** قذفها ثم طلقها بائنا سقط اللعان ولا يجب الحد ولو تزوجها بعد ذلك لأن الساقط لا يعود وهو قول الأئمة الأربعة ولو قذف أجنبية ثم تزوجها ثم قذفها فإن كان حد بالأول لاعن بالثاني وإن لم يحد بالأول سقط اللعان لو طلبت

لانه انقطع الاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب ان لفظة اجنبية اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال **قال** واذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما وقال زفر تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها هي طالق ثلثا قاله حين فرغا من اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين

اللعان او لا يلاعن ثم يحد بخلاف حدود القذف اذا اجتمعت فانه يكفي حد واحد لاتحاد الجنس ولو قال قذفتك قبل ان اتزوجك او قذفتك قبل ان اتزوجك فهو قذف في الحال فيلاعن وبه قال مالك والشافعي رحمهما الله وما في خزانة الاكمل من انه يلاعن في قوله زنيت قبل ان اتزوجك يحد في قوله قذفتك قبل ان اتزوجك ا ه تقدم فيما تم زنت او وطئت بشبهة لا حد ولا لعان ويسقط اللعان بردته ولو اسلمت بعده لا يعود ولو قذفها ثم ابانها يسقط اللعان ولو كذب نفسه بعد ذلك لا يحد بخلاف ما لو اكذب نفسه بعد اللعان **قوله** لانه انقطع الاحتمال لاحتمال ان يصير مرجعا للضمير الغائب حينئذ بخلاف الخطاب وتقول هي ايضا انك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا فالاولى ان يقيمهما القاضي متقابلين ويقول له التعن **قوله** اذا انضمت اليه الاشارة يعني ينقطع احتمال ضمير الغائب لان المراد ان انقطاع الاحتمال انما هو باجتماعهما لا ان الاشارة بانفرادها لا احتمال معها **قوله** لا تقع الفرقة حتى لو مات احدهما قبل تفريق القاضي ورثه الآخر ولو زالت اهلية اللعان في هذه الحالة بما لا يرجى زواله بان اكذب نفسه او قذف احدهما انسانا فحد للقذف او وطئت هي وطيا حراما او خرس احدهما لم يفرق بينهما بخلاف ما اذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما لانه يرجى عود الاحصان ولو ظاهر منها في هذه الحالة او طلقها او آلى منها صح لبقاء النكاح غير ان وطيها محرم كما ستعلم ولو فرق القاضي بينهما بعد التعانهما ثلثا خطا نفذ تفريقه عندنا وعند زفر ومعه الائمة لا ينفذ **قوله** بالحديث يشير به الى حديث المتلاعنان لا يجتمعان ابدا فانه يفيد تعلق عدم الاجتماع باللعان كما هو المعروف من ان ترتيب الحكم على مشتق يفيد ان مبدأ الاشتقاق علة له وسياق الكلام على هذا الحديث وقال الشافعي رحمه الله بمجرد لعان الزوج تثبت الفرقة بينهما ولا نعلم له في ذلك دليلا سوى الوقوع الفرقة بمجرد لعانه الزوجية قيل ويبتني على هذا ان لا تلاعن المرأة اصلا لانها ليست زوجة والتمسك بمروي زفر انما يفيد حرمتها بلعانهما لا بلعان احدهما وبهذا ان حقيقة حال اتصافهما باللعان هو لا يدخل في الوجود جملة بل على التعاقب فتعذر ارادتها واقرب الاوقات الى الحقيقة ما يعقب فراغهما من غير مهلة فيتراد وبه نقول وليس يلازم من حرمتها وقوع الفرقة وما ذكروه من المعنى وهو انه لا يأتلفان بعد التلاعن فليس يقطع في ذلك بل ولا ظاهر بل يجوز ان تأتلف بعد غاية العداوة كما يجوز بقاء العداوة ولو كان ظاهرا لم يقتض وقوع الفرقة بل يوجب عليه التسريح باحسان فانه بثبوت الحرمة فات الامساك بمعروف فيتيسر بالتسريح باحسان كما فيما اذا ثبتت الحرمة بالظهار فانها اذا طالبته امره القاضي بالتسريح او التكفير الا ان الظاهر هنا لا ينتهي بكل من الامرين بل بامر واحد هو الطلاق فينحصر امره فيه فاذا امتنع ناب منابه لانه نصب لرفع الظلم ويدل على هذا ما في الصحيحين عن ابن عمر ان رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما والحق الولد بامه وما اخرجاه ايضا في حديث عويمر العجلاني لما فرغ قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقها عويمر ثلثا قبل ان يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذي حكى المصنف بقوله يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لذلك الملاعن الى آخره لكن الثابت ما علمت من ان القائل هو الرجل نفسه وكذبت بضم التاء على المتكلم قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين ورواه ابو داود وقال فيه فطلقها ثلاث تطليقات فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ما صنع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة قال سهل حضرت هذا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فمضت السنة بعد في المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابدا قال البيهقي قال الشافعي رحمه الله عويمر حين طلقها ثلثا كان جاهلا

وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبداً نص على التأبيد ولهما
أن الإكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها لا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب فيجتمعان

بأن اللعان فرقة فصار كمن شهد اللعان في الصلاة لم يلزمه شرطا ولم يشرطا وتفريق النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر
تفريق حكم بالفرقة الزوج وقال الزهري رحمه الله تعالى فكانت سنة المتلاعنين أي الفرقة قال البيهقي رحمه الله هو الذي يدل ذلك
ما أخرجه أبو داود رضي الله عنه في سننه عن ابن عباس رضي الله عنه في قصة هلال بن أمية ولعانه قال وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
أن ليس لها عليه قوت ولا سكنى من أجل أنهما يتفرقان بغير طلاق ولا متوفى عنها وأجيب بأنه لو وقع الفرقة بمجرد اللعان لأنكر عليه صلى الله
عليه وسلم تطليقه وقوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها إنما هو إنكار لطلب ماله منها على ما يدل عليه تمام الحديث وهو قوله قال
يا رسول الله مالي قال لا مال لك إن كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها وإن كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منها
فدل تقريره صلى الله عليه وسلم على وقوع الطلاق فلا يعارضه قول ابن عباس رضي الله عنه من أجل أنهما يتفرقان بغير طلاق فإنه من قوله وتدليل
ليس هذا إنما يكون ترك الإنكار فيه حجة إذا لم يعلم فيه أنه محرم حتى تكون ترك الإنكار حجة على أنها أو عينا لاته وقع لغوا فالسكوت عدم الالتفات
إليه وأجيب بأنه يستلزم مفسدة لأن السكوت يفيد تقريره بأنه الواقع فلو كان الواقع وقوع الفرقة قبله كان السكوت مفضيا إلى الإيهام
لأنه يفيد تقريره وقوعه الآن فيستلزم فيما فرض عدم طلاقه أو تأخيره الطلاق حتى اعترض موت أحدهما أو تكذيبه نفسه قبل طلاقه وطلاق
القاضي ظن حلها فيما معا قبل تجديد النكاح وتوريث الآخر والواقع أن الفرقة وقعت قبله فلا يجوز السكوت مع الإفضاء إلى مثل هذا فإن
دفع بأن المدة التي يتوهم فيها وقوع الموت يسيرة جدا إذ الغرض بحسبه والفراغ عندنا يأمر القاضي أن يطلق وإن أبى طلق هو ووقع الموت
في مثلها أندر نادر قلنا ولو كان يجوز لأنه ترك بعلامة من حكم وليس هو مشروعا وإلينا في حديث ابن عمر فإنه قال فيه فأنفذه رسول الله صلى الله
عليه وسلم يعني أمضاه ذلك الطلاق وتوجيهه على من قال إن الطلاق الثلاث لا يقع أو يقع واحدة ثم هو أولى من حديث ابن عباس
رضي الله عنه لأنه رفع إمضاءه صلى الله عليه وسلم الطلاق وذلك إنما يكون بفهم اعتباره ذلك منه عليه السلام **قوله** وهو خاطب الخ يعني إذا أكذب نفسه
بعد اللعان والتفريق وحد أو لم يحد صار خاطبا من الخطاب يحل له تزوجها خلافا لأبي يوسف ولو كذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح
كذا في الغاية ولو أكذب نفسه قبل اللعان نظر فإن كان طلقها قبل هذا الإكذاب حد أيضا وإن أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد ولا لعان لأن للعان أثره التفريق
بينهما وهو لا يتأتى بعد البينونة أي بحصوله بالإبانة وهو لا يصح بدون كلمة لا يجب الحد لأن قذفه وقع موجبا للعان فلا ينقلب موجبا للحد لأن القذف الواحد
لا يوجب حدين بخلاف إكذاب نفسه بعد اللعان لأنه رجوع للقذف الذي تضمنه كلمات اللعان لا القذف الأول لأنه أخذ حكمه من اللعان كما يحد شهود الزنا إذا رجعوا
التضمن شهادتهم نسبته إلى الزنا وعلى هذا لو قال يا زانية أنت طالق ثلاثا لا يجب عليه الحد ولا اللعان لأنه قذفها وهي زوجته ثم بانت
ولو قال أنت طالق ثلاثا يا زانية حد كما تحل له بإكذاب نفسه بعد اللعان كذا تحل له لو قذفت غيرها أجنبيا بعده فحدت أو قذفت
هو أجنبيا فحد أو زنت أو ارتد أحدهما حيث خرج بذلك أحدهما من أن يكون أهلا للشهادة لارتفاع السبب الذي لأجله فرق
المتلاعنان وهو على ما قالوا إنه كما يتكرر اللعان بأن يتزوجها مرة أخرى وهو لم يشرع بين الزوجين إلا مرة في العمر دفعا للقذف
من الموجب في الدنيا فخرج أحدهما من الأهلية وتم الأمر في ذلك وقال أبو يوسف رحمه الله إذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان
أبدا فثبتت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع وبه قالت الأئمة الثلاثة فإذا كانت حرمة مؤبدة لا يكون طلاقا قابل فسخا والحرم

ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه وصورة اللعان ان يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من نفي الولد وكذا في جانبها ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسبه ويلحقه بامه لما روي ان النبي عليه السلام نفى الولد عن زوجها

على قول ابي يوسف رحمه الله ان لا يتوقف على تفريق القاضي لان الحرمة ثابتة قبله اتفاقا وكذا الخلاف في كون الزوجية قائمة معها لكن يمكن ان يقال لما زالت فاذا فرض ان هذه الحرمة من حين ثبتت ثبتت مؤبدة لم تتصور توقفها على تفريق القاضي واستدلوا بالحديث المذكور في الكتاب وروى الدارقطني بسنده من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتلاعنان اذا افترقا لا يجتمعان ابدا وقد طعن الشيخ ابو بكر الرازي في ثبوته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن قال صاحب التنقيح اسناده جيد ومفهوم شرطه يستلزم انهما لا يفترقان بمجرد اللعان فهو حجة على الشافعي على مقتضى رأيه واخرجه الدارقطني ايضا موقوفا على علي وابن مسعود قالا مضت السنة وروى عبد الرزاق عن عمر وابن مسعود المتلاعنان لا يجتمعان ابدا ورواه ابن ابي شيبة موقوفا على عمر وابن عمر وابن مسعود واجاب الخصم بقوله لا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن بعد الحكم يعني ان الحكم في هذه القضية بعدم الاجتماع ثابت بوصفية الموضوع وهي القضية المسماة بالمشروطة ولم يبقيا بمجرد الفراغ من اللعان متلاعنين فلم يبق اللعان حقيقة ولا حكما بالاكذاب بنفسه لثبوت النسب لكون القذف بنفي الولد

بن أمية من هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده

فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فنزلت والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم الآية فسري
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا فقال هلال قد كنت أرجو ذلك من ربي تعالى فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم أرسلوا إليها فجاءت فتلى عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا فقال
هلال والله لقد صدقت عليها فقالت كذب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعنوا بينهما فشهد هلال أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين
فلما كان الخامسة قيل له اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه هي الموجبة التي توجب عليك العذاب فقال والله
لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ثم قيل لها اشهدي فشهدت أربع
شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فلما كانت الخامسة قيل لها اتقي الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه هي الموجبة التي
توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا أفضح قومي فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ففرق
رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا ترمى ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد وقضى أن لا بيت
لها عليه ولا قوت من أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها وقال عليه السلام إن جاءت به أصيهب أريصح أثيبج
حمش الساقين فهو لهلال وإن جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الأليتين فهو للذي رميت به فجاءت به أورق إلى آخر
الأوصاف الثانية فقال عليه السلام لولا الأيمان لكان لي ولها شأن قال عكرمة وكان ولدها بعد ذلك أميرا على مصر وما يدعى لأب
هذه بلفظ أبي داود وفي رواية أخرى سائر اليوم لا أفضح قومي وفي مسلم والنسائي عن أنس أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك
بن سحماء وكان أخا البراء بن مالك لأمه وكان أول رجل لاعن في الإسلام فقال صلى الله عليه وسلم انظروها فإن جاءت به أبيض سبطا قضيء العينين فهو لهلال
بن أمية وإن جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك بن سحماء قال فأنبئت أنها جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين فهذا وما قبله يدل على
أنها كانت حاملا وقطع نسب الولد التي تأتي به وفي سنن النسائي أيضا عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلاني
وامرأته وكانت حبلى وأخرج عبد الرزاق كذا أيضا وقال زوجها ما قربتها منذ عفار النخل وعفار النخل أنها كانت تسقى بعد الإبار بشهرين فقال عليه السلام
اللهم بين فجاءت بولد على الوجه المكروه وروى ابن سعد في الطبقات في ترجمة عويمر عن عبد الله بن جعفر قال شهدت عويمر بن الحارث
العجلاني وقد رمى امرأته بشريك بن سحماء وأنكر حملها فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي حامل فرأيتهما يتلاعنان قائمين عند المنبر
ثم ولدت فألحق الولد بالمرأة وجاءت به أشبه الناس بشريك بن سحماء وكان عويمر قد لامه قومه وقالوا امرأة لا نعلم عليها إلا خيرا فلما جاء الشبه
بشريك عذره الناس وعاش المولود سنتين ثم مات وعاشت أمه بعده يسيرا وصار شريك بعد ذلك عند الناس بحال سوء وقال الواقدي
وحدثني غير الضحاك بن عثمان أن عويمرا أنساق الحديث إلى أن قال ولم يحد رسول الله صلى الله عليه وسلم عويمرا في قذفه شريك
بن سحماء وشهد عويمر بن الحارث وشريك بن السحماء أحدا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففي هذا أن الولد عاش سنتين ومات ونسبة ما
في قصة هلال إلى شريك إليه أيضا في قصة عويمر قيل ويجمع بينهما بأنهما اتفقا وفي النفس منه شيء وفي الصحيحين أيضا عن ابن عباس في
قصة لاعن فقال عليه السلام اللهم بين فوضعت شبيها بالذي ذكر زوجها أنه وجده عند أهله فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي هذا أن اللعان

ويتضمنه القضاء بالتفريق وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الأب لأنه ينفك عنه فلا بد من ذكره
فإن أكذب نفسه حده القاضي لإقراره بوجوب الحد عليه وحل له أن يتزوجها وهذا عندهما لأنه لما حد لم يبق أهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم
وكذلك إن قذف غيرها فحد به لما بينا وكذا إذا زنت فحدت لانتفاء أهلية اللعان من جانبها وإذا قذف امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما لأنه لا يحد
قاذفها لو كان أجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه وكذا إذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا لعدم أهلية الشهادة وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان لأنه يتعلق
بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهذا لأنه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بها وإذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا قول
أبي حنيفة وزفر رحمهما الله لأنه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اللعان يجب بنفي الحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر وهو معنى ما ذكره في الأصل
لأنا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا إذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كأنه قال إن كان بك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وإن قال لها زنيت
وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي رحمه الله ينفيه لأنه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا

بينما كان بعد الوضع وفي ما تقدم خلافه وهذا تعارض **قوله** فيتضمنه القضاء الخ أي يثبت قطع النسب في ضمن القضاء بالتفريق **قوله** وعن
أبي يوسف أن القاضي يفرق الخ أو لا يثبت قطع النسب ضمنا للتفريق لأنه أي التفريق باللعان **قوله** لأنه ينفك عنه أي عن نفي الولد
كما لو مات الولد قبل اللعان فإنه يفرق بينهما باللعان ولا ينقطع نسب ذلك الولد ولو نفى فسلم الولد انتفى الولد لا اللعان والتفريق به **قوله**
فلا بد من ذكره حتى لو لم يقل لا ينتفي النسب عنه قال شمس الأئمة رضي الله عنه هذا صحيح ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لا يثبت ولده فيه
ولو كان قد ترك ولدا يثبت نسبه من الأب وورثه الأب لاحتياج الحي إلى النسب ولو ترك بنتا ولها ابن فأكذب الملاعن نفسه ثبت عند
أبي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما وقيل الخلاف على العكس لهما أن ابن الابن يعير بانتفاء نسب أبيه فهو محتاج إلى ثبوت نسبه **قوله** فإن عاد
الزوج فأكذب نفسه أي بعد اللعان ونفي الولد **قوله** وهذا عندهما أي عند أبي حنيفة ومحمد على ما سبق **قوله** وكذلك إن قذف غيره الخ على
وزان ما قدمنا في زوال الأهلية بعد اللعان فالقذف بمجرد الزنا **قوله** وكذا إذا زنت فحدت قيل لا يستقيم لأنها إذا حدت كان حدها الرجم
فلا يتصور حلها للزوج بل المراد أن تزني فتخرج عن الأهلية ولذا أطلقنا فيما قدمناه ومنهم من ضبطه بتشديد النون بحيث نسبته غير الزنا ومعنى
القذف فيستقيم توقف حلها للأول على حدها لأنه حد القذف وتوجيه تخفيفها أن يكون القذف واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت
فإن حدها حينئذ الجلد لا الرجم لانتفاء إحصانها منه ويستشكل بأن زوال أهلية الشهادة بطريق الفسق مثلا لا يوجب بطلان ما حكم به القاضي
منها في حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع في حال الأهلية ليبطل أثره من الحرمة **قوله** ولو قذفها وهي صغيرة
أو مجنونة قذفا معتبرا فلا لعان فكذا لو أسند القذف وهي ممن يحد قاذفها في الحال بأن قال زنيت وأنت صبية أو مجنونة وجنونها
معهود لم يكن قذفا في الحال لأن فعلهما لا يوصف بالزنا بخلاف قوله زنيت وأنت ذمية أو أمة أو منذ أربعين سنة وعمرها أقل من ذلك فإنه
يقتصر **قوله** لأنه أي اللعان يتعلق بالصريح كحد القذف ولأنه شهادة حتى يختص بلفظ الشهادة فلو قال أحلف مكان أشهد لا يجوز
ولا شهادة للأخرس في الأموال ففي هذا أولى وكذا إذا كانت خرساء لا لعان لأن قذفها لا يوجب الحد لاحتمال أنها تصدقه ولتعذر
الإتيان بلفظ الشهادة **قوله** وفيه خلاف الشافعي ومالك والظاهرية فيلاعن بالإشارة عندهم اعتبره بوقوع طلاقه وصحة بيعه وسائر
تصرفاته وقالوا إن أمامة بنت أبي العاص أصمتت فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا فأشارت أي نعم فرأوا أنها وصية قلنا لم يثبت ذلك
ولو ثبت فتجويز الوصية ممن اعتقل لسانه بالإشارة لا يستلزم جواز حده بها فلا يجوز اللعان لأن الإشارة لا تعرى عن الشبهة والحد يدرأ
بها بخلاف غيره فإنه يثبت معها **قوله** وهذا قول أبي حنيفة وزفر وقال أحمد والثوري والحسن البصري والشعبي وابن أبي ليلى وأبو ثور
رحمهم الله بقولهما قال مالك وأبو حنيفة رضي الله عنه أولا **قوله** وقال أبو يوسف ومحمد اللعان يجب الخ يعني وقت الوضع إذا وضعته
لأقل من ستة أشهر من وقت القذف للتيقن بقيام الحمل عند القذف وذكر الطحاوي عن أبي يوسف أنه يلاعن قبل الولادة كقول الشافعي
بحديث هلال بن أمية أنه عليه السلام لاعن بينهما وكان قذفها حاملا وسيأتي ما يفيد القصة التي ذكرناها **قوله** يصير كالمعلق كأنه قال إن كان في
بطنك ولد فهو من الزنا ولو قاله لا يلزمه الحد وكذا ما بمعناه فإن لم يكن حقيقة المعلق إذ بالولادة ظهر أنه كان قذفا منجزا لكن فيه شبهة التعليق
إذ في كل موقوف شبهة التعليق إذ لا يعرف حكمه إلا بعاقبته فهو كالشرط في حقنا وشبهة التعليق كحقيقته فيما يندرئ بالشبهات وثبوت الشبهة

وكان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي ولو نفى الولد
وكل امرأته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب وهذا
عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يصح نفيه في مدة النفاس لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة
النفاس لانه اثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو
قبوله التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي

امتنع لعانهما عندنا لان الحمل لو كان ترتب عليه احكام كرد المبيعة به والارث له والوصية به وله فلا يثبت مع الشبهة وهلال لم يكن قذفها بنفي
الحمل بل بالزنا قال حدث شريك بن سحماء الذي يظنها يزني بها وقوله عليه السلام انظروا فان جاءت به كذا الخ ما قدمنا فانظره كان انما لعله عليه السلام
بحملها من طريق الوحي او لان اللعان تأخر حتى ظهر الحمل وكذا انكر احمد بن حنبل لعان هلال بالحمل قاله ابن الجوزي على ان كون لعانها كان قبل
الوضع معارض بما قدمناه من الصحيحين عن ابن عباس ما يفيد انه كان بعد وضعها وهو قوله فقال عليه السلام اللهم بين فوضعت شبيها بالذي ذكر
زوجها انه وجده عندها فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فلا يستدل بأحدهما بعينه لان التعارض يوجب التوقف **قوله** ولنا ان الاحكام
لا تترتب عليه اي على الحمل الا بعد الولادة للاحتمال قبلها اذ يحتمل كونها نفخا او ماء وقد اخبرني بعض اهل من بعض خواصها انها ظهر لها حبل واستمر
تسعة اشهر ولم يشككنا فيه حتى هيئت له ثيابه واسباب المولود ثم اصابها طلق وجلست الداية تحتها فلم تزل تعصر العصرة بعد العصرة وفي كل
عصرة تخرج ماء حتى قامت فارغة من غير ولد واما توريثه فالوصية به وله فلا يثبت له الا بعد الانفصال فيثبتان للولد لا للحمل واما العتق فانه يقبل
التعليق بالشرط فعتقه معلق معنى واما رد الجارية المبيعة للحمل فلان الحمل ظاهر والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة وفي البدائع لا يقطع نسب الحمل قبل
وضعه بلا خلاف بين الاصحاب اما عند ابي حنيفة فظاهر واما عندهما فلان الاحكام تثبت للولد لا للحمل وانما يثبت له اسم الولد بالانفصال ولهذا
يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال بخلاف الرد بالعيب لان الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة ويمتنع اللعان
بها لانه من قبيل الحد والنسب يثبت بالشبهة فلا يقاس على العيب **قوله** واذا نفى الرجل الخ حاصل من هذه المسألة بيان شرط اعتبار صحة نفي
الولد وله شرطان متفق ومختلف فالمتفق ان لا يقبل التهنئة او لا يسكت عندها وهذا من المواضع التي اعتبر فيها السكوت رضا وقد اوردناها
منظومة في كتاب النكاح الا في رواية عن محمد في ولد الامة اذا هنئ به فسكت لا يكون سكوته قبولا بخلاف ولد المنكوحة لان ولد الامة غير ثابت
النسب الا بالدعوة فالحاجة الى الدعوة ونفس السكوت ليس دعوة ونسب ولد المنكوحة ثابت منه فسكوته يسقط حقه في النفي والمختلف فيه ان يقع النفي في
زمان التهنئة عادة وابتياع آلة الولادة عند ابي حنيفة رضي الله عنه ولو وقع نفي بعده الكان لم يقبل تهنئة لا ينتفي الا اذا كان غائبا على
ما سنذكر ثم لم يعين لها مقدار في ظاهر الرواية وذكر ابو الليث عن ابي حنيفة رحمه الله تقديره بثلاثة ايام وروى الحسن عنه سبعة لانها ايام
التهنئة وضعفه السرخسي لان نصب المقادير بالرأي متعذر وعندهما هي مقدرة بمدة النفاس لانها اثر الولادة فكان القياس ان لا يجوز النفي
الا على فور الولادة كقول الشافعي الا انا استحسنا جواز تأخيره مدة يقع فيها التأمل لان النفي يحتاج اليه كيلا يقع في نفي ولده او استلحاق غير ولده
وكلاهما حرام قال عليه السلام حين نزلت آية الملاعنة ايما امرأة ادخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته
وايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه يوم القيمة وفضحه على رؤس الاولين والآخرين رواه ابو داود والنسائي وفي الصحيحين عنه عليه السلام
من ادعى ابا في الاسلام غير ابيه وهو يعلم انه غير ابيه فالجنة عليه حرام والاتفاق على ان المدة اذا طالت لا يجوز النفي فجعل القصيرة مدة النفاس
لانها اثر الولادة وكذا احكام الولادة ثابتة فيها من عدم حل الصلوة والصوم والقربان فكانها فور الولادة وقال لا معنى لتعيين مدة اصلا
لانها للتأمل والناس مختلفون فيه والاحوال ايضا مختلفة في افادته فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة ونحوه وذكر ما يدل على القبول مثل
احسن الله بارك الله جزاك رزقك مثله او امن على دعاء المهنئ او سكوته عندنا او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وقد قال

ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين قال وان ولدت توأمين فنفى الاول واعترف بالثاني يثبت نسبهما لانهما توأمان خلقا من ماء واحد وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني يثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هنا

باب العنين وغيره

واذا كان الزوج عنينا

اعتبار معنى ذلك الوقت وما قبله بجواز النفي لم يخرج عن التعيين فيما فيه قوله لا معنى للتعيين اصلا **قوله** وان كان غائبا ما تقدم كان اذا كان حاضرا فلو كان غائبا لم يعلم بالولادة تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين بعد قدومه عندهما قدر مدة النفاس وعنده قدر مدة قبول التهنئة وعن ابي يوسف ان قدم قبل ان يمضي مدة الفصال فله ان ينفيه الى اربعين يوما وان قدم بعدها فليس له ان ينفيه اصلا لانه لو جاز ذلك لجاز بعدما صار شيخا وهو قبيح فلو بلغه الخبر في مدة النفاس فله نفيه الى تمام الاربعين عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد وذكر في غير رواية الاصول عن ابي يوسف رحمه الله اذا بلغه الخبر لتمام الحولين ليس له نفيه ويلاعن وقال محمد لو نفاه بعد الحولين الى اربعين يوما من حين بلغه لاعن بينهما وينقطع نسبه **قوله** لانهما توأمان هما اللذان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر **قوله** وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وعلى هذا في اولاد ثلاثة اقر بالاول والثالث ونفى الثاني **قوله** والاقرار بالعفة وهو ما تضمنه الاعتراف بالاول سابق على القذف بنفي الثاني حقيقة فصار كانه قال هي عفيفة ثم قذفها لا يقال ثبوت نسب الاول معتبر باق بعد نفي الثاني فباعتبار بقائه شرعا يكون مكذبا نفسه بعد نفي الثاني فيوجب الحد لانا نقول الحقيقة انقطاعه وثبوته امر حكمي والحد لا يحتاط في اثباته فكان اعتبار الحقيقي هنا متعينا لا الحكمي هذا ومن الشارحين من جعل قوله في الكتاب والاقرار بالعفة سابق الخ هو هذا الجواب عن السؤال المذكور مقدرا وهو غير مفهوم من اللفظ **فروع** لو نفاه فمات احدهما او قتل قبل اللعان لزمه لانه لا يمكن نفي الميت لانتهائه بالموت واستغنائه عنه فلا ينتفي الحي لانه لا يفارقه ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف واللعان ينفك عن نفي الولد لانه مشروع لقطع الفراش ونفي الولد ثبت تبعا له الحكم ولا يلاعن عند ابي يوسف رحمه الله لان القذف اوجب لعانا يقطع النسب على خلاف ما اوجب ولو ولدت فنفاه ولاعن ثم ولدت آخر بيوم لزم الولدان لان القاطع وهو اللعان لم يوجد في حق الثاني ولا يجوز نفيه الآن لانها غير منكوحة فيثبت نسبه ومن ضرورة ثبوت نسب الاول واللعان ماض لانه لا يقبل الفصل عن انتفائه لو قال بعد ذلك هما ولداي لا حد عليه لانه صادق لثبوت نسبهما ولا يكون رجوعا لعدم الكذاب نفسه بخلاف ما اذا قال كذبت عليها لانه تصريح بالرجوع ولو قال ليسا ابني كانا ابنيه ولا يحد لان القاضي نفى احدهما وذلك نفي للتوأمين فليسا ولديه من وجه فلم يكن قاذفا لها مطلقا بل من وجه وفي النوادر ذكر الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان امرأة جاءت بثلاثة اولاد فاقر بالاول والثالث ونفى الثاني يلاعن وهم بنوه فلو نفى الاول والثالث واقر بالثاني يحد وهم بنوه وكذا في ولد واحد اذا اقر به ونفاه ثم اقر به يلاعن ويلزمه لان الاقرار بثبوت نسب بعض الحمل اقرار بالكل كمن قال يده او رجله مني واعلم ان ولد الملاعنة اذا قطع نسبه من الاب والحق بالام لا يعمل القطع في جميع الاحكام بل في بعضها فيبقى النسب بينهما في حق الشهادة والزكوة والقصاص والنكاح وعدم اللحوق بالغير حتى لا يجوز شهادة احدهما للآخر ولا صرف زكوة ماله اليه ولا يجب القصاص على الاب بقتله وان كان لابن الملاعنة ابن ولهذا بنت من امرأة اخرى لا يجوز للابن ان يتزوج بتلك البنت ولو ادعى انسان هذا الولد لا يصح وان صدقه الولد في ذلك ولا يبقى في حق النفقة والارث كذا في الذخيرة وهو مشكل في ثبوت النسب اذا كان المدعي ممن يولد مثله لمثله وادعاه بعد موت الملاعن لانه مما يحتاط في اثباته وهو مقطوع النسب من غيره وقع الاياس في ثبوته من الملاعن وثبوت النسب من امه لا ينافيه والله اعلم + +

باب العنين وغيره لما ذكر احكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق عقبها بذكر احكام تتعلق بهم لمرض في نفسه النكاح والعنين

اجله الحاكم سنة فان وصل اليها فبها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولان الحق ثابت لها في الوطء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت المدة ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما

من لا يقدر على اتيان النساء مع قيام الآلة من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل ومن عن اذا عرض لانه ذكره يعن يمينا وشمالا ولا يقصد لاسترخائه وجمع العنين عنن ويقال عنين بين التعنين ولا يقال بين العنة ولو كان يصل الى الثيب لا البكر لضعف الآلة او الى بعض النساء دون بعض لسحر او كبر سن فهو عنين بالنسبة الى من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها وما عن الهند وانى في يوتي بطلت فيه بار وفيجلس فيه العنين فان نقص ذكره وانزوى علم انه لا عنة به والا علم انه عنين لو اعتبر علم ذكره فلا يؤجل سنة لان التاجيل ليس الا ليعرف انه عنين على ما قالوا والا فلا فائدة فيه ان اجل مع ذلك لكن التاجيل لا بد منه لانه حكمه وفي المحيط الذي له ذكر قصيرة لا يمكن ادخاله داخل الفرج لا حق لها في المطالبة بالتفريق انتهى ولو كان صغيرا جدا كالزر فحكمه كالمجبوب **قوله** اجله الحاكم سنة اي من وقت الخصومة ولا يعتبر تأجيل غير الحاكم كائنا من كان ولو عزل بعد ما اجله بني المولى على التاجيل الاول **قوله** بهذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود اما الرواية عن عمر فلها طرق فمنها طريق عبد الرزاق ثنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في العنين ان يؤجل سنة قال معمر وبلغني ان التاجيل من يوم يخاصم وهكذا اخرجه ابن ابي شيبة ثنا هشيم عن محمد بن سالم عن الشعبي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى شريح ان يؤجل العنين سنة من يوم يرفع اليك الحديث ورواه ابن ابي شيبة بسنده ان عمر اجل العنين سنة من يوم رفع زاد في لفظ وقال ان اتاها والا فرقوا بينهما ولها الصداق كاملا ورواه محمد بن الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال ثنا اسمعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عمر بن الخطاب ان امرأة اتته فاخبرته ان زوجها لا يصل اليها فاجله حولا فلما انقضى حول ولم يصل اليها خيرها فاختارت نفسها ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بائنة واما حديث علي رضي الله عنه فرواه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق بسنديهما وحديث ابن مسعود رضي الله عنه رواه ابن ابي شيبة بسنده عنه يؤجل العنين سنة فان جامع والا فرق بينهما ورواه ايضا عبد الرزاق والدارقطني وروى ابن ابي شيبة عن المغيرة بن شعبة انه اجل العنين سنة واخرج ابن ابي شيبة عن الحسن والشعبي والنخعي وعطاء وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم انهم قالوا يؤجل العنين سنة **قوله** ولا بد من معرفة لذلك اي معرفة لكون الامتناع لعلة معترضة او آفة اصلية في اصل الخلقة فقدرناها بالسنة لانها معرفة لذلك فانه ان كان من علة معترضة فلا يخلو من كونها من غلبة حرارة او برودة او رطوبة او يبوسة والسنة تشتمل على الفصول الاربعة وكل فصل يوافق احدى هذه الكيفيات فالصيف حار يابس والخريف بارد يابس وهو اردى الفصول والشتاء بارد رطب والربيع حار رطب فان كان مرضه عن احدى هذه تم علاجه في الفصل المضاد له فيه او من كيفيتين فيتم في مجموع فصلين متضادين فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال **قوله** فاذا مضت السنة ولم يصل اليها عرف ان ذلك بآفة اصلية وفيه نظر فان ظاهره ان موجب التفريق كونه من علة اصلية والسنة ضربت لتعرفه وهو ممنوع اذ لا يلزم من عدم الوصول اليها سنة كون ذلك لآفة اصلية في الخلقة اذ المرض قد يمتد سنة وايضا ماله حكم العنين المسحور وتقتضي السحر ما قد يمتد سنين ومبنى السنة يفرق بينهما اذ الثابت مع العلم بعدم الآفة الاصلية لعرض الحكم بانه يصل الى غيرها من النساء فالحق ان التفريق منوطا بغلبة ظن عدم زواله لزمانة او للاصلية وتمضي السنة مع عدم الوصول يوجب كذلك وهو عدم ايفاء حقها فقط باي طريق كان والسنة جعلت غاية في الصبر وابلاء العذر شرعا حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب زواله وقال بعد السنة اجلني يوما لا يجيبه الى ذلك الا برضاها فلو رضيت ثم رجعت

ولا بد من طلبها لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى فعل الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي رح هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها ان كان خلا بها فان خلوة العنين صحيحة ويجب العدة لما بينا قبل

كان لها ذلك ويبطل الاجل لان السنة ثابتة في ابلاء العذر وقال لبيد لابنتيه حين حضرته الوفاة تمنى ابنتاي ان يعيش ابوهما وهل انا الا من ربيعة او مضر فقوما وقولا بالذي قد علمتما ولا تخمشا وجها ولا تحلقا الشعر الى الحول ثم اسم السلام عليكما ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر، **قوله** ولا بد من طلبها هذا اذا كانت حرة غير متفاوتة كانت فلا حق لها في الفرقة وان كانت امة فالطلب عند ابي يوسف رحمه الله لها وعند ابي حنيفة رضي الله عنه لسيدها وهو فرع مسألة الاذن في العزل قيل محمد مع ابي يوسف وقد مرت ولا يسقط حقها في طلب الفرقة بتاخير المرافعة قبل الاجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التاجيل مهما اخرت لان ذلك قد يكون للتجربة وترجي الوصول لا للرضا بالمقام على ذلك ابدا فلا يبطل حقها بالشك ولو وجدت كبيرة زوجها الصغيرة عنينا ينتظر بلوغه لان للصبي اثرا في عدم الشهوة وقال قاضيخان الغلام الذي بلغ اربع عشرة سنة فلم يصل الى امراته ويصل الى غيرها يؤجل ولو وجدت زوجها المجنون عنينا يخاصم عنه وليه ويؤجل سنة لان الجنون لا يعدم الشهوة بخلاف ما لو وجدته مجبوبا وطلبت الفرقة لانه لا فائدة في انتظار بلوغه فيؤجل وليه خصما وان نصب القاضي عنه خصما وفرق للحال ولو جاء الوصف في المسئلتين بينة على رضاها بالعنة وجبها او على علمها بحاله عند العقد لزم النكاح ولا يفرق بينهما ولو طلب يمينها على ذلك حلفت فان نكلت لم يفرق والا فرق ولو وكلت الكبيرة بالتفريق وغابت لم يفرق لطلب الوكيل لم يذكره محمد واختلفوا فيه ولو اختلفا في الجب فادعته فانكر يريه رجلا فان امكن علمه بالمس من وراء ثوب لم يكشف عورته وان لم يتيقن بذلك الا بكشفها كشفها للضرورة ولو جاءت امراة المجبوب بولد بعد الفرقة الى سنتين يثبت نسبه ولا يبطل التفريق بخلاف في العنين حيث يثبت فيه يبطل التفريق ذكره في الغاية قال في شرح الكنز وفيه نظر لانه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بعد وقوعه الا ترى انها لو اقرت بعد التفريق انه كان قد وصل اليها لا يبطل التفريق انتهى لكن وجه التفرقة بعد هذا البحث وهو ان التفريق بناء على ثبوت العنة والجب وثبوت النسب من المجبوب وهو مجبوب بخلاف ثبوته من العنين فان ثبوت النسب منه ثبت انه ليس بعنين فيظهر بطلان معنى الفرقة بخلاف اقرارها بعد المدة بالوطء لاحتمال الكذب بل هي به متناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة ولو كانت زوجة العنين او المجبوب صغيرة لا يفرق بينهما بل ينتظر بلوغها لاحتمال ان ترضى اذا بلغت واذا رضيت قبل التاجيل او بعده وقبل انقضاء السنة او بعدها سقط حقها وليس لها المطالبة بالفرقة بعد ذلك لو كان الزوج يجامع ولا ينزل لخوف مائه ولم يكن لها طلب الفرقة **قوله** وتلك الفرقة تطليقة بائنة وهو قول مالك والثوري وغيرهما وقال الشافعي واحمد رضي الله عنه فسخ لانها من جهتها وقاس المادركا على الفرقة بالجب قلنا بل من جهته فانه وجب عليه التسريح بالاحسان حين عجز عن الامساك بالمعروف فاذا امتنع كان ظالما فناب القاضي عنه فيه فيضاف فعله اليه والقياس على الجب ممنوع لان اثر الفرقة بسببه ايضا عندنا طلاق وقوله لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا اي النكاح الصحيح التام النافذ اللازم لانه النكاح المطلق فخرج الفاسد والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع من الاتمام بخلاف ما نحن فيه فرقة بعد التمام فلا يقبله كما لا يقبل الفسخ بالاقالة وقد ذكرنا في رواية ابي حنيفة عن عمر رضي الله عنه انه جعلها تطليقة بائنة **قوله** ولها كمال المهر للخلوة الصحيحة لان خلوة العنين صحيحة اذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز انه يمتنع من الوطء اختيارا فتعينا ادارة الحكم على سلامة الآلة ولا يكمل ترك وطيها ولو تزوجها بعد ذلك لا خيار لها لانها رضيت حيث

قيد إذا أقر الزوج أنه لم يصل إليها ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول إليها فإن كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة والأصل هو السلامة في الجبلة ثم إن حلف بطل حقها وإن نكل يؤجل سنة وإن كانت بكرا نظر إليها النساء فإن قلن هي بكر أجل سنة لظهور كذبه وإن قلن هي ثيب يحلف الزوج فإن حلف لا حق لها وإن نكل يؤجل سنة وإن كان مجبوبا فرق بينهما في الحال إن طلبت لأنه لا فائدة في التأجيل والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لأن وطئه مرجو وإذا أجل العنين سنة وقال قد جامعتها وأنكرت نظر إليها النساء فإن قلن هي بكر خيرت لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة وإن قلن هي ثيب حلف الزوج فإن نكل خيرت لتأيدها بالنكول وإن حلف لا تخير وإن كانت ثيبا في الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح

بكلمة بعد العلم بالحال ولو تزوجت به أخرى عالمة بحاله ففي الأصل كذلك يكون رضا وعليه الفتوى وقيل لا يكون رضا لجواز أن تأمل برءه ودفع بأنه احتمال بعيد بعد أن لم يبرأ في أكثر من سنة فالظاهر لزومه وزمانته فتكون بالتزوج به راضية بالعيب **قوله** هذا أي هذا الذي ذكرناه من أنها إذا طالبته بالفرقة أجله الحاكم سنة ثم بعده يفرق بينهما إذا اعترف الزوج بعدم الوصول إليها في هذا النكاح وإن تصادقا على أنه وصل إليها في نكاح قبله ثم طلقها لأنه إذا وطئها في نكاح ثم أبانها ثم تزوجها ولم يصل إليها فلها المطالبة بالفرقة فإن اختلفا فادعى الوصول وقالت لا فالقول قوله والوجه ظاهر في الكتاب **قوله** وإن نكل أجل سنة سواء جعل النكول إقرارا أو بدلا لأنه أقر بعدم الوصول **قوله** إلا أن كانت بكرا يعني إذا أنكر وكانت بكرا وقت النكاح لا تستحلف بل ترى النساء فإن قلن هي بكر أجل سنة من غير استحلاف وبالنكول يتعين كذبه وقوله فإن قلن خرج على ما هو الأولى من أن تريها امرأتين ثم يثبت بالواحدة العدلة كما نص على العدالة في كافي الحاكم والثنتان أحوط وطريق معرفة أنها بكر أن يدفع في فرجها أصغر بيضة للدجاج فإن دخلت من غير عنف فهي ثيب وإلا فبكر أو تكسر وتسكب في فرجها فإن دخل فثيب وإلا فبكر وقيل إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب وإن قلن ثيب ثبتت الثيوبة ولا يثبت وصوله إليها لأن البكارة قد تزول بغيره كوثبة ونحوها غير أن القول قوله لو قالت زالت البكارة بأصبعه أو نحوه فيحلف أنه وصل إليها فإن حلف تقرر النكاح وإن نكل أجل سنة ثم فرق إن لم يصل إليها ثم إذا أجل ومضت السنة فاختلفا في الوصول في السنة فعلى ما إذا اختلفا قبل التأجيل إن كانت بكرا نظر إليها فإن قلن بكر خيرت للحال بين الإقامة والفرقة وإن قلن ثيب حلف فإن نكل خيرت وإن حلف استقر النكاح وإن كانت ثيبا في الأصل فاختلفا قبل التأجيل أو بعده فالقول قوله فإن حلف استقر النكاح ولو نكل أجل وخيرت بعده وفي موضع تخييرها يعتبر المجلس كتخيير الزوج فإن قامت من مجلسها قبل أن تختار نفسها أو أقامها أعوان القاضي ولو مكرهة لزم النكاح لأنه كان يمكنها اختيار نفسها قبل أن تقام فإذا اختارت نفسها أمره القاضي أن يطلقها فإن أبى فرق بينهما كذا ذكره محمد في الأصل وقيل تقع الفرقة باختيارها نفسها ولا يحتاج إلى القضاء كخيار المخيرة **قوله** لأنه لا فائدة في التأجيل لأنه لتوقع الوطء ولا توقع لفقد الآلة بخلاف الخصي لأن آلته قائمة وإنما سلت خصيتاه أو وجئ الموجوء الذي رض خصيتاه قال بعض أهل اللغة هو أن تمرس الخصيتان وهو صغير مرسا شديدا ثم تجذبا إلى فوق إلى أن يرتفعا إلى ظهره فلا تعودا ويكون نشيطا كثير الجماع إلا أنه لا يحبل فالتوقع واقع فيؤجل كالعنين **قوله** وإذا أجل العنين سنة فقال إلخ قد فصلنا هذا الاختلاف الكائن بعد التأجيل والاختلاف قبله فلنعده. **فرع** المخنث إذا كان يميل من سائر الرجال فتزوج امرأة فهو جائز فإن وصل إليها وإلا أجل كالعنين ذكره الحاكم وكل من تزوجت فوجدته مولى أو خصيا أو مجبوبا أو خنثى أو عنينا وهي عالمة بذلك فلا خيار لها وإن لم تكن عالمة به فلها المطالبة بالفرقة **قوله** هو الصحيح صححه أيضا صاحب الواقعات احترازا عما اختاره شمس الأئمة السرخسي وقاضي خان وظهير الدين من اعتبار السنة الشمسية وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه لأن ضرب السنة لأنه لا يتوصل إلى علاج الطبع ودفع المانع فيجوز أن يوافق طبعه مدة زيادة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها وجه الأول أن الثابت عن الصحابة كعمر رضي الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولا وإلى الشرع إنما يتبادر قوله للأشهر والسنين بالأهلة وإطلاق السنة ينصرف

ويحتسب بأيام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لأن السنة قد تخلو عنه وإذا كان بالزوجة
عيب فلا خيار لزوجها وقال الشافعي يرد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لأنها تمنع
الاستيفاء حسا أو طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الأسد

إلى ذلك ما لم يرجع وكلا قد ثبت فالشمسية قيل ثلاثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من
مائة وعشرين جزءا من اليوم والقمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون كذا رأيت في نسخة ورأيت في أخرى عنه في الشمسية زيادة ربع
يوم على ما ذكرنا وقيل القمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدسه والشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون وربع يوم إلا جزءا
من ثلاثمائة جزء من يوم وفضل ما بينهما عشرة أيام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب والذي يظهر أن هذا كله محدث وعمر
بن الخطاب رضي الله عنه حين كتب إلى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم يرتفع إليه وكذا قول الراوي عن عمر في المرأة
التي أتت إليه فأجله حولا ليس تجيز تقييد في السنة والحول لم يريدوا إلا هذا الذي تعرفه العرب وأهل الشرع على أن الحول
لم يعرف بعرف آخر بل اسم السنة هو الذي تواردت عليه العرفان والله سبحانه أعلم **قوله** ويحتسب بأيام الحيض أي يحتسب من السنة
لوجودها في السنة يقينا وعادة **قوله** ولا يحتسب بمرضه ومرضها يفيد إطلاقه وعن أبي يوسف إذا مرض أحدهما مرضا لا يستطيع
معه الجماع إن كان أقل من نصف شهر احتسب عليه وإن كان أكثر لم يحتسب وعوض منه لأن شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر
عليه بالليل لا بالنهار وذلك نصفه وكذا النصف من كل شهر وهذا أصح الروايات عن أبي يوسف وفي رواية أن ما فوق الشهر
كذلك لا يحتسب به وفي رواية أن مدة أكثر السنة وعن محمد لو مرض في السنة يؤجل مقدار مرضه
قيل عليه الفتوى فإن حج أو غاب هو احتسب عليه لأن العجز جاء بفعله ويمكنه أن يخرجها معه أو يؤخر الحج والغيبة ولو كان
حجها أو غيبتها قبل وقت الخصومة قال محمد يؤجل بعد حجها فلا يكون فيه خلاف بأن حجت هي أو غابت لا تحتسب عليه لأن العجز من
قبلها فكان عذرا فيه حتى فإن حبس الزوج ولو بمهرها وامتنعت من المجيء إلى السجن لم تحتسب عليه وإن لم تمتنع وكان له موضع
خلوة فيه احتسب عليه وإن لم يكن موضع خلوة يمكنه جماعها فيه لم تحتسب ولو رافعته وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين المرافعة إن كان
قادرا على الإعتاق وإن كان عاجزا أمهله شهرين للكفارة ثم أجله فيتم تأجيله سنة وشهرين ولو ظاهر بعد التأجيل لم يلتفت إلى
ذلك ولم يزد على المدة **قوله** وإذا كان بالزوجة عيب الخ الحاصل أنه ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب في الآخر
كائنا من كان عند أبي حنيفة رضي الله عنه وأبي يوسف وهو قول عطاء والنخعي وعمر بن عبد العزيز وأبي زياد وأبي قلابة
وابن أبي ليلى والأوزاعي والثوري والخطابي وداود الظاهري وأتباعه وفي المبسوط أنه مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهم وعند
محمد لا خيار للزوج بعيب في المرأة ولها هي الخيار فيه بعيب من الثلاثة الجنون والجذام والبرص قال الشافعي لكل منهما خيار في
هذه الثلاثة وللزوج الخيار إذا كانت رتقاء أو قرناء أيضا فله الخيار في خمسة عيوب ولها في ثلاثة وهو قول مالك
وأحمد وقال الزهري وشريح وأبو ثور ترد بجميع العيوب وكذا الجنون العارض والجذام والبرص والجنون مشهورات
والفعل من الأول والآخر على البناء للمفعول فيقال جذم وجن إذا أصيب بالجذام والجنون فهو مجذوم ومجنون ولا يقال
أجذم ولا أجن ولا مجن وثلاثة من أسماء المفعولين من أفعل جاءت على مفعول دون مفعل على غير قياس مجنون ومحزون من
أحزنه الله ومحبوب من أحبه الله وجاء على القياس في الثالث في قول عنترة ولقد نزلت فلا تظني غيره مني بمنزلة المحب المكرم

ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا والله اعلم بالصواب

والفعل من البرص برص فهو ابرص وابرصه الله والرتق الالتحام والرتقاء الملتحمة لو الفرق في الفرج اما تحدة عظمية او غظيم تمنع سلوك الذكر للشافعي رحمه الله ومن معه النص في بعضها وقياسان في بعضها وثلاثة اقيسة في بعضها اما النص فما روي انه عليه السلام رد للعيب قال النبي رأى بكشحها وضحا او بياضا الحقي باهلك فصار البرص منصوصا عليه فيلحق به الجذام والجنون بجامع انه ينفر منه الطبع وهذا لو صفت وهو كونه منافرا للطبع دل الشرع على اعتباره في جنس المعلل وهو المباعدة والفرارة في جنس الفسخ قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد فجعل الجذام منصوصا عليه في هذا الحديث لان الفرار يثبت بفسخ نكاحه والحديث رواه البخاري تعليقا عن ابي هريرة قال عليه السلام لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر وفر من المجذوم فرارك من الاسد ويقاس النكاح على البيع في انه يفسخ بهذه العيوب كما ان العيوب يفسخ بها البيع فليفسخ بها النكاح وقياسا على المجبوب بجامع المانع الحسي فيما به فوات مقصود النكاح في حق كل منهما قلنا اما الحديث الاول فلم يصح لانه من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد ولو سلم جاز ان يكون طلاقا فان لفظ الحقي باهلك من كنايات الطلاق واما الثاني فظاهر غير مراد للاتفاق على اباحة القرب منه ومثابة بخدمته وتمريضه والقيام بمصالحه واما القياس فيختلف فيه جزء المقتضي او شرطه فان المقتضي للفسخ العيب مع وقوعه في عقد مبادلة تجري فيه المسامحة والمناقشة بسبب كون المراد منه من الجانبين المال وهذا شرط عماده والنكاح ليس كذلك فان المال فيه تابع غير مقصود وانما شرع اظهارا لخطر المحل ولهذا انتقض لو ادعاها حتى اخبرنا على عبد وفرس غير موصوفين وصح مع عدم رؤية المرأة اتفاقا بخلاف البيع عندنا ثم اذا رآها عندنا البيع يثبت الخيار والرد بلا عيب وفي النكاح لو شرطا وصفا مرغوبا فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيبا عجوزا شوهاء ذات شق مائل ولعاب سائل وانف هائل وعقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح به وفي البيع يفسخ بدون ذلك ولو هزلا بالبيع لم ينفذ وينعقد النكاح بالهزل فكذلك بالعلة مقتضية ومن القياس الثالث يمنع وجود العلة في الفرع وهو امتناع حصول المقصود لجواز ان يطار من هي كذلك ويتوصل بالشق والقطع والكسر غاية ما فيه نفرة طبيعية وذلك لم يوجب الفسخ اتفاقا للاتفاق على عدمه في ذات القروح الفاحشة والجزام الزائد فرج اذن فتعلل به وان اتجه ذلك فيه يبطل عليهما المقصود للوجه الاخير بخلاف هو افيد او جد كذلك لانه يتمكن من ازالة الضرر عن نفسه بالطلاق بخلافه وفعه ودفع قول الزهري ومن تبعه انتظمه وقع اقتبسه الشافعي ومن معه **قوله** ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت قبل الدخول لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى ان لا يوجب الفسخ ونظر فيه بان النكاح موقت بحياتها **قوله** وهذا اي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات فلا تراعى من وجه على الكمال والمستحق التمكن اي التمكن من الوطي وهو غير ممتنع لما قلنا **قوله** لانهما يخلان بالمقصود فان قيل جعل في المسئلة الاولى استيفاء الوطي من الثمرات فلا يجب الخيار لفواته وهنا جعل المقصود المشروع له النكاح حتى يتخير في الفسخ بالجب ولهذا اندفع اجيب بان الوطي له جهتان جهة كونه مقصودا باعتبار المقصود الذي شرع له النكاح وهو التوالد فانه لا يحصل الا به وجهة كونه ثمرة حيث يصح الرضيعة والآيسة فلو كان المقصود لم يجز نكاح هؤلاء كما لم يجز استيجار الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما اذا كانت هذه العيوب بها فلم يثبت له خيار الفسخ جريا على الاصل من ان ازالة تقييد النكاح بالطلاق لا الفسخ لتمكنه من ازالته

[illegible]

باب العدة

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة أقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء والفرقة إذا كانت بغير طلاق في معنى الطلاق لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها

به ومن الاستمتاع بغيرها وجهة المقصودية فيها اذا كانت به لانها لا تمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره وعلى ما قررناه لا حاجة الى ذلك بل هو محل التخلف والله تعالى اعلم

باب العدة لما ترتب العدة في الوجود على فرقة النكاح شرعا اوردها عقيب وجوه الفرقة من الطلاق والايلاء والخلع واللعان واحكام العنين وهي في اللغة الاحصاء عددت الشيء عدة احصيته احصاء ويقال ايضا على المعدود وفي الشرع تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول او ما يقوم مقامه من الخلوة والموت وينبغي ان يزاد او شبهته بان يعقد عليها بعد النكاح والتربص الانتظار اي انتظار انقضاء المدة بالتزوج فحقيقته ترك يلزم شرعا التزوج والزينة في مدة معينة شرعا ولا شك ان سببها النكاح او شبهته وزوال ذلك شرط فالاضافة في قولنا عدة الطلاق الى الشرط ولم يجعل الزوال بالنكاح لعدم السببية قالوا وركنها حرمات تثبت عند الفرقة وعند الشافعي رحمه الله التربص عنها ويبتنى على ذلك ان العدتين اذا وجبتا من رجلين يتداخلان وتنقضيان بمدة عندنا وعنده لا وعلى هذا ينبغي ان يقال في تعريفها هي لزوم التربص ليصح كون ركنها حرمات لانها لزوميات والا فالتربص فعلها والحرمات احكام الله تعالى فلا تكون نفسه وعلى هذا اذا قيل في حكمها انه حرمة نكاح غيرها عليها وحرمة نكاح اختها واربع سواها عليه لا يصح لان الحرمات التي تثبت عند الفرقة ركنها بالفرض وحرمة تزوجها غيره من تلك الحرمات نعم حرمة تزوجه باختها لا يكون من العدة فهو حكم عدتها ولا شك انه معنى كونه هو ايضا في العدة لان معنى العدة وجوب الانتظار بالتزوج الى مضي المدة وهو كذلك فهو في العدة غير ان اسم العدة اصطلاحا خص تربصها لا تربصه ثم لزم ما ذكر ان لا يقال في حق الصغيرة وجب عليها العدة ونحوه **قوله** اذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا وليس هذا في بعض النسخ ويتحمل الطلاق مثل الخلع واللعان خلافا لمن قال عدة المختلعة حيضة واحدة قيل وهو بناء على انها فسخ والحق انه خلاف ابتداء لما تقدم في باب

والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي رح الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قال ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض اولى اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر يبقى

من علم بوجوب تركها النكاح الى ان تحيض عند الطلاق بعد الدخول انه لذلك ثم كونها تجب للتعرف لا ينفي ان تجب لغيره ايضا وقد افاد المصنف فيما سيأتي انها ايضا تجب لقضاء حق النكاح باظهار الاسف عليه وقد يجتمعان كما في مواقع وجوب الاقراء وقد ينفرد الثاني كما في صورة الاشهر بخلاف غير المتأكد وهو ما قبل الدخول لا يوسف عليها اذ لا الف ولا مودة فيه **قوله** والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي رح الاطهار وقول الشافعي قول مالك ونقل عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وقولنا هو قول الخلفاء الراشدين والعبادلة وابي بن كعب ومعاذ بن جبل وابي الدرداء وعبادة بن الصامت وزيد بن ثابت وابي موسى الاشعري وزاد ابو داود والنسائي معبد الجهني وما ذكرناه انه قول العبادلة بناء على انه ثبت عن ابن عمر فتعارض عنه النقل وممن رواه عنه الطحاوي وثبته عنه بعض الحفاظ من الحنابلة واسند الطحاوي الى قبيصة بن ذؤيب انه سمع زيد بن ثابت يقول عدة الامة حيضتان فعارض ذلك عنهم من رواه ايضا وبه قال سعيد بن المسيب وابن جبير وعطا وطاؤس وعكرمة ومجاهد وقتادة والضحاك والحسن بن حي والبصري ومقاتل وشريك القاضي والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وربيعة والسدي وابو عبيد واسحق واليه رجع احمد وقال محمد بن الحسن في موطأه ثنا عيسى بن ابي عيسى الخياط المدني عن الشعبي عن ثلاثة عشر من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كلهم قال الرجل احق بامرأته حتى تغتسل من الحيضة الثالثة وهذا الاطلاق منهم انما يصح اذا كانت الحيض لا الاطهار اذ كان طلاقها في الحيض فاما الطهر فيحتسب فيلزم انقضاء العدة بالشروع في الحيضة الثالثة والطلاق في الطهر هو المعروف عندهم فعليه يتبنى قولهم **قوله** اذ هو من الاضداد استدلال على كونه حقيقة فيهما وهذا على طريقة اهل الاصول والفقه من عدم التجوز باسم الضد في الضد وقد وضع بعض اهل المعقول من معرفات الاشتراك كون المفهومين متضادين اما على طريقة اهل الادب فيجوز لغرض تمليح او تهكم كما تفائل للجبان اسد او تفاؤلا كالبصير على الاعمى الا انها بمعزل من افادات الاحكام الشرعية فلم يعتبر فيها واما في خصوص هذا المقام فالاتفاق على الاشتراك وعلى انه لم يعم انما الخلاف في تعيين المراد من المفهومين فلا حاجة الى الاستدلال بعدم الانتظام على الاشتراك كما فعل وهو محل النزاع ولو استدل عليه بتضاد المفهومين كما استدل به على كونه حقيقة فيهما كان احسن لا يقال استدلاله على انه حقيقة فيهما استدلال على الاشتراك لانا نقول لا يلزم من كون اللفظ حقيقة في متعدد اشتراكه لفظا لجواز التواطي والتشكيك لا يقال ليس محل النزاع كما ذكرت للتضاد لانا نقول انما وقع من جهل تعميم المشترك علة منع تعميمه انه لا يمكن الجمع وليس يلزم من التضاد ذلك لجواز ان يراد كل من الحيض والطهر فتعتد بمضي ثلاثة اطهار وثلث حيض انما يمتنع اذا اريد تحقيقهما في زمن احدهما **قوله** والحمل على الحيض اولى ادعى الخصم في محل الخلاف واقتصر على دليل نفسه كانه لعدم دليل معتمد لهم وذلك ان قولهم القرء بمعنى الطهر هو الذي يجمع فيه وردد والا بمعنى الحيض فانما يتم على اقرار دعوى لا دليل عليها وكونه وقع في شعر الاعشى كذلك حيث قال ؎ افي كل عام انت جاشم غزوة تشد لاقصاها عزيم عزائكا ✤ مورثة مالا وفي الحي رفعة ✤ لما ضاع فيها من قروء نسائكا ✤ اي من اطهارهن للشغل بالغزو عنهن لا يوجب القصر عليه وكذا الاستشهاد بقوله صلى الله عليه وسلم دعي الصلوة ايام اقرائك لا يوجبه فقد روى ابو داود والنسائي قوله عليه السلام لفاطمة بنت ابي حبيش فانظري فاذا اتاك قروءك فلا تصلي فاذا مر قروءك فتطهري وصلي وقال الراجز ؎ يا رب ذي ضغن وضب

اولانه معرّف لبراءة الرحم وهو المقصود او لقوله عليه السلام وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا به

فالحيض قروء وهو كقر الحائض لا يريد تحيض الحائض فان المعنى ان عادتها تجتمع فتجيء كعدم الحائض على انه قد قيل في بيت الاعشى
ان المراد بعض الزمان اي زمان الطهر فان القرء يقال للزمان لغة كثيرا واستدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر مره فليراجعها
ثم ليتركها حتى تطهر ثم ليطلقها ان شاء فتلك العدة التي امر الله ان يطلق بها النساء يعني بالامر قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن لا يصح
لانه بناء على ان اللام فيه بمعنى في وهو غير معهود في الاستعمال ويستلزم تقدم العدة على الطلاق او مقارنتها له لاقتضائه وقوعه في
وقت العدة وقراءة النبي صلى الله عليه وسلم في قبل عدتهن في صحيح مسلم تنفيه اذ افادت ان اللام فيه مفيدة معنى استقبال عدتهن وهذا استعمال محقق من نحو قولهم
يقال في التاريخ باجماع العربية خرج لثلث بقين ونحوه وبه يتم ما قال الطحاوي ان النبي صلى الله عليه وسلم خاطب ابن عمر بذلك ومذهب
ابن عمر ان الاقراء الحيض فلم يفهم منها الاطهار وهذا على ما بيناه عنه في خلاف ما نقلوه عنه ذكرناه واتفاقهم تمسكهم بتانيث العدد في قوله تعالى
ثلثة قروء وهو يقتضي تذكير المعدود وهو الطهر هو المذكر لا الحيض فلو اريد الحيض لقيل ثلث قروء ليس بشيء لان الشيء اذا كان له اسمان مذكر
كالبر والحنطة ولا تانيث حقيقي يؤنث عدده اذا اضيف الى اللفظ المذكر ويذكر اذا اضيف الى المؤنث وفي العربية اذا كان المعدود
مؤنثا واللفظ مذكرا او بالعكس فوجهان وما نحن فيه كذلك فان للدم اسمين مذكرا وهو القرء ومؤنث وهو الحيض فحين اضيف الى المذكر
انث وكذا على الاصل الآخر فان الدم مذكر والقرء مذكر فيؤنث عدده ثم ذكر المصنف الترجيح بثلاثة اوجه الاول قوله عملا بلفظ الجمع
اي الملحق بالعدد فانه نص في جمع معنى لا صيغة اي بالجمع الصيغي المقرون بالعدد تنصيصا على المراد بكميته اعني لفظ قروء المقيدة بثلاثة فانه يمتنع عنه
احتمال ان يراد به غير الكمية العددية المذكورة ولو كانت من كميات المجموع فكيف بالكمية التي ليست حقيقة الجمع وهي اللازمة من حمله على
الاطهار حيث يصير طهرين وبعض الثالث اذا وقع في الطهر والا لزم احداث قول ثالث اذ كل من قال انه الطهر قال يحتسب بالطهر الذي
وقع فيه وهو نقص على التعديد القطعي الدلالة والثبوت بخلاف ما اذا حمل على الحيض فانه اذا وقع الطلاق في الحيض لا يحتسب بتلك الحيضة
فتكمل الثلاث فيتحقق فيه حقيقة العدد وزيادة تثبت ضرورة التكميل وهو جائز اذ لا يمكن التوصل الى حقيقة اقامة الواجب الا بها بخلاف طهرين
وبعض الثالث فانه لم يتحقق فيه حقيقته اصلا لا يقال قد اريد بالعدد غير كميته المفادة به في قوله تعالى ان تستغفر لهم سبعين مرة لانا نقول
لم يرد بالعدد وحده الآخر حتى يبطل بل مجرد التكثير واين هذا من ان يراد بسبعين مثلا ثمانون او مائة الثاني قوله ولانه اي الحيض هو المعرف
بالذات لبراءة الرحم بخلاف الطهر لانه وان دل فبواسطة الحيض الذي يستلزمه لانه هو المفيد لعدم انسداد فم الرحم بالحبل اذ لو انسد بالحبل لم
تحض عادة وكذا نص عليه السلام على ان مفيد البراءة الحيض حيث قال في سبايا اوطاس حتى يستبرئن بحيضة ولم يقل بطهر الثالث قوله عليه السلام
طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان وتقدم في كتاب الطلاق تخريجه واسند الشافعي ثنا سفيان بن عيينة عن محمد بن عبد الرحمن مولى
ابي طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة عن عمر قال ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعتد الامة حيضتين فان لم تكن تحيض
فشهرين او شهرا ونصفا وكذا رواه الدارقطني والاجماع على انها لا تخالف الحرة فيما به الاعتداد بل في الكمية فيلحق قوله تعالى ثلاثة قروء للاجمال
الكائن بالاشتراك بيانا له ومن الادلة الظاهرة فيه قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الى قوله فعدتهن ثلاثة اشهر اذ لا
شك في ان الاعتداد بالاقراء اصل الاشهر فانه عنه انما يصار اليه عند عدمها فلما علق سبحانه وتعالى المصير اليها بعدم الحيض دل على

وان كانت ممن لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض

هو المراد بالاقراء في الآية وكونه يتحد مع الطهر بعدم الحيض فالتعليق بعدم الحيض انما هو لعدم الطهر احتمال لقول الطهور اذ الظاهر تعليق المعبر الى احالة بعدم معين يستتبع امرًا لا لعدم شيء آخر يستلزمه فكان الاصل ان يقال واللائي يئسن من الطهر فلما عبر قال تعالى بلفظ الحيض مكان هو مشترك علم انه لا فائدة هو فرع ينقضي عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بان وطئها وهي معتدة عالما بحرمتها بخلاف ما لو ادعى الشبهة او كان منكرا طلاقها فانها تستقبل العدة واذا كان مكابرة لم تنقض العدة وليس لها ان تطالبه بنفقة هذه العدة ولو طلقها في هذه العدة لا يقع ويحل نكاح اختها **قوله** وان كانت لا تحيض لصغر بان لم تبلغ سن الحيض على الخلاف فيه واقله تسع على المختار او كبر بان بلغت سن الاياس وانقطع حيضها فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر ذكر ان بعضهم لما نزلت آية القرء قالوا قد علمنا عدة التي تحيض فالتي لا تحيض لا نعلم عدتها فانزل الله تعالى هذه الآية والمعنى ان ارتبتم في عدة التي لم تحض فلم تعلموها فانها ثلاثة اشهر وقيل ان ارتبتم في الدم الذي تراه من بلغت سن الاياس هو حيض او فساد فعدتهن ثلاثة اشهر ثم قال المصنف وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية يعني قوله تعالى واللائي لم يحضن يعني التي لم تبلغ بالحيض بل بالسن بان بلغت خمسة عشر سنة على قولهما وسبعة عشر سنة على قول ابي حنيفة ومالك ولم تحض اذا طلقت تعتد بالاشهر ايضا ثم ان وقع الطلاق في اول الشهر اعتدت بالاشهر الهلالية اتفاقا وان وقع في اثناء الشهر اعتبر كلها بالايام فلا تنقضي الا بتسعين يوما عند ابي حنيفة وعندهما يكمل الاول ثلاثين من الشهر الاخير والشهران المتوسطان في الاهلة وقد تقدم اعلم ثم لا يخفى ما في كلام المصنف من عدم التحرير فانه جمع بين التي لا تحيض لصغر او كبر في الاعتداد بثلاثة اشهر واستدل على ذلك بقوله تعالى واللائي يئسن الآية ثم خص التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية حيث قال وكذلك التي بلغت بالسن بآخر الآية ولا يخفى ان آخر الآية اعني قوله تعالى واللائي لم يحضن هو المفيد للاعتداد بثلاثة اشهر للتي لم تحض لصغر كما انه هو المفيد للاعتداد بها في التي بلغت بالسن والحاصل ان من كان طهرها اصليا فعدتها بالاشهر سواء بلغت بالسن ولم تحض وان استمرت لا تحيض الى ثلاثين سنة فعدتها ثلاثة اشهر وهي مراهقة او لم تبلغ الى سن يحكم بالبلوغ فيه على اختلافهم فيه انه تسع او سبع والاول اصح وعن الشيخ ابي بكر محمد بن الفضل انها اذا كانت مراهقة لا تنقضي عدتها بالاشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطء ام لا فان ظهر حبلها اعتدت بالوضع وان لم يظهر فبالاشهر وينبغي على هذا ان تحتسب بالاشهر التي وقفت ليظهر حبلها اذا لم يظهر فانه ظهر بعدم الحبل ان تلك الاشهر كانت هي العدة غاية الامر انها لم تدر وجه عدتها حتى انقضت او حاضت التي بلغت بالسن او المراهقة في اثناء الاشهر الثلاثة استانفت العدة بالحيض هذا وممن ذكر انه تعتد بالاشهر المستحاضة التي نسيت عادتها وهو مما يعين فيقال مطلقة شابة ترى الدم الصحيح حيضا من كل شهر وعدتها الاشهر لكن في التحقيق ليس عدتها الا بالحيض لكن لما نسيت عادتها جاز كونها اول كل شهر او آخره فاذا قدرت بثلاثة اشهر انها حاضت ثلاث حيض بتيقن بخلاف التي لم تنس فانها تترك الى ايام عادتها فيجاز كونه في اول الشهر فيحيض من عشرة ايام حيضة او ستة من الثالث واعلم ان اطلاقهم الانقضاء بثلاثة اشهر في المستحاضة الناسية لعادتها لا يصح الا فيما اذا طلقها اول الشهر اما لو طلقها بعد ما مضى من الشهر قدر ما يصح حيضه ينبغي ان يعتبر ثلاثة اشهر غير باقي هذا الشهر والوجه ظاهر ويجب في التي بلغت مستحاضة مثل المستحاضة التي نسيت عادتها ثلاثة اشهر ثم اكثر المشايخ لا يطلقون لفظ الوجوب على هذه الصغيرة لانها غير مخاطبة بل يقولون تعتد

فإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن وإن كانت أمة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان ولأن الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين وإليه أشار عمر رضي الله عنه بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وإن كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لأنه متجزئ فأمكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وعدة الأمة شهران وخمسة أيام لأن الرق منصف

وفي المبسوط قال بعض علمائنا هي لا تخاطب بالاعتداد ولكن الولي يخاطب بأن لا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة مع أن العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها لا يؤدي إلى توجيه خطاب الشرع عليها ولا يخفى أن القائل الأول قوله مبني على أنها من باب الحرمات أو التربص الواجب فإن قلت فعلى تقدير كونها مضي المدة اليس أن فيها يجب أن لا تتزوج فلا بد من تعلق خطاب نفي التزوج بالولي قبلها المدة كما قال شمس الأئمة لا يستلزم انتفاء قول الأول يخاطب الولي بأن لا يزوجها فالجواب لا يلزم فإنا إذا قلنا إنها المدة فالثابت فيها عدم صحة التزوج لا خطاب أحد ووضع الشارع عدم الصحة لو فعل **قوله** وإن كانت حاملا يعني المطلقة فعدتها بالوضع بالآية المذكورة ولو كانت أمة والطلق يقينا ولا يحل الثابت النسب وغيره فلو طلق كبير زوجته بعد الدخول بها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من العقد فعدتها بوضع الحمل عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف بالحيض في رواية وكذا في مسئلة الصغير وفي المنتقى إذا خرج من البلد نصف البدن من قبل الرجلين سوى الرجلين أو من قبل الرأس سوى الرأس انقضت العدة والبدن من المنكبين إلى الأليتين وفي الخلاصة كل من حبلت في عدتها فعدتها أن تضع حملها والمتوفى عنها إذا حبلت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور **قوله** وإن كانت أي المطلقة أمة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان لأن الرق منصف وقد تقدم توجيهه في فصل المحرمات وغيره والحيضة لا تتجزى فكملت وثبوت الزيادة ضرورة التكميل واجب لأن فيه تحقيق الواجب على تقدم آنفا وقوله أشار إليه عمر أي إلى أن تكمل الثانية ضرورة بقوله لو استطعت الخ أخرج عبد الرزاق ثنا ابن جريج عن عمرو بن دينار أنه سمع عمرو بن أوس الثقفي يقول أخبرني رجل من ثقيف قال سمعت عمر بن الخطاب يقول لو استطعت أن أجعلها حيضة ونصفا فعلت فقال له رجل لو جعلتها شهرا ونصفا فسكت عمر ورواه الشافعي في مسنده وابن أبي شيبة في مصنفه ثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار ثنا في سند عبد الرزاق ويشبه أن يكون سكوت عمر لعدم الالتفات إلى قوله لأنه كان يتكلم في ذوات الأقراء والعدة بالأشهر لا تكون إلا لمن ليس منها فمشورة الرجل في غير محل الحكم المذكور وأما إذا كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها شهر ونصف لأنه متجزئ فأمكن تنصيفه والمدبرة والمكاتبة وأم الولد في الطلاق والفسخ كالأمة **قوله** وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام سواء كانت مدخولا بها أو لا مسلمة أو كتابية تحت مسلم صغيرة أو كبيرة أو آيسة وزوجها حر أو عبد حاضت في هذه المدة أو لم تحض ولم يظهر حبلها وعن بعض السلف عدتها في حمة عام وخمسة الأربعة الأشهر والعشرة الأيام لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا الآية والجمهور على نسخها بآية الأشهر أعني ما كان من وجوب الإيصاء والإنفاق إلى الحول وقال الأوزاعي أربعة أشهر وعشر ليال حتى تتزوج في اليوم العاشر جاز أخذا من تذكير العدد أعني العشر في الكتاب والسنة وهو قوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا أجيب كون المعدود الليالي والا لأنثه قلت الاستعمال في مثله من ذكر عدة الليالي يدخل ما بإزائها من الأيام على عرف في التاريخ حيث يكتب بالليالي فيقال سبع خلون ... كون مدة الأيام كذلك وإن كانت أمة فشهران وخمسة أيام على وزان ما تقدم ثم ابتداء المدة من الموت وعن علي رضي الله عنه من وقت علمها حتى لو مات في سفر فلم يبلغها حتى مضت أربعة أشهر وعشر انقضت بذلك عند الجمهور وعنده رضي الله عنه لا تنقضي حتى تمر عليها من حين علمت لأن عليها الإحداد ولا يمكنها إقامته إلا بالعلم قلنا فصار كما لو لم تحد حتى مضت المدة تخرج اتفاقا من العدة على أن المقصود الأصلي منها عدم التزوج وقد وجد ومعنى العبادة تابع لما سنذكر

لأبي يوسف رحمه الله أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمتها ثلاث حيض وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح في الوفاة إلا أنه بقي في حق الإرث لا في حق تغير العدة بخلاف الرجعي لأن النكاح باق من كل وجه ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالإجماع لأن النكاح حينئذ ما اعتبر باقيا إلى وقت الموت في حق الإرث لأن المسلمة لا ترث من الكافر ولو عتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل وجه وإن أعتقت وهي مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة أو الموت

فتعتد بالأشهر إذا عرفت هذا فمن فسر أبعد الأجلين بأنها تعتد بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض فقد قصر إذ لا يعتبر إلا إذا كانت الأربعة أشهر وعشر أبعد من الثلاث حيض وحقيقة الحال أنه لا بد أن تتربص أبعد الأجلين وهذا الحكم ثابت في صور أحدها هذه والثانية إذا قال لزوجتيه أو زوجاته إحداكن طالق بائن ومات قبل البيان فعلى كل واحدة الاعتداد بأبعد الأجلين ولو بين في إحداهما كان ابتداء العدة من وقت البيان والثالثة أم الولد إذا مات زوجها وسيدها ولم يدر أيهما مات أولا وعلم أن بينهما شهرين وخمسة أيام فصاعدا وسنفصلها إن شاء الله تعالى ثم المراد بذلك الطلاق البائن واحدة أو ثلاثا أما إذا طلقها رجعيا فعدتها عدة الوفاة سواء طلقها في مرضه أو في صحته وإذا طلقت في عدة الطلاق ثم مات الزوج فإنها تنتقل عدتها إلى عدة الوفاة وترث بخلاف ما إذا طلقها بائنا في صحته ثم مات لا تنتقل ولا ترث بالاتفاق **قوله** لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالبائن ولزمها ثلاث حيض حكما وإنما يلزم عدة الوفاة إذا انقطع بالموت وليس كذلك وإنما بقي في حق الإرث لإجماع الصحابة رضي الله عنهم برد القصد السيء وهذا لا يستلزم الحكم ببقائه في حق العدة فلا تتغير به العدة بخلاف الرجعي لأن النكاح قائم من كل وجه وإنما انقطع بالموت فيجب عدة الوفاة فيه **قوله** فيجمع بينهما أي بين عدة الطلاق والوفاة وذلك لأنه انقطع بالطلاق حقيقة وبالموت حكما أما الأول فيعرض المسألة أنه أبانها قبل الموت وباعتباره تجب عدة الطلاق وأما الثاني فلاعتبار قيام النكاح عند الموت فإن توريثها يستلزم ذلك ولازمه لزوم عدة الوفاة ولازم اللازم لازم فيلزم توريثها الاعتداد بعدة الوفاة فيجب عدة الوفاة لكن ليحقق قول أبي يوسف إن اعتباره قائما لرد قصده عدم توريثها عليه لا يستلزم أن يبقى في حق العدة وجوابه أن الإرث لا يثبت بالشك والعدة تثبت به فإذا أبقي النكاح شرعا في حق الإرث فلأن يبقى في حق العدة أولى مع أن الأصل أن الشيء إنما يثبت بلازمه وهذا هو معنى قول المصنف احتياطا **قوله** ولو قتل على ردته الخ جواب عن مقيس عليه مقدر لأبي يوسف وهو أنه لو ارتد زوج المسلمة فمات أو قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بل الحيض فإن زوال النكاح كان بالردة لا بالوفاة فكذا هنا زواله بالطلاق لا بالموت فلا تجب عدة الموت فأجاب بمنع حكم الأصل أولا فقال لا نسلم أنه لا يلزمها عدة الوفاة بل يلزمها إليه أشار الكرخي وما ذكرت مذهبك فموضع الخلاف فيلزمها الجمع بين المدتين والحيض فلا يصح به الإلزام ولئن سلمنا أن لزوم الحيض اتفاقي فالفرق أن توريثها وهو الحكم الثابت يفيد أنه لم يعتبر النكاح شرعا قائما إلى الموت لأنه لو اعتبر كذلك لم ترث إذ لا ترث المسلمة الكافر فلزم العلم باعتبار استناد الإرث إلى وقت حدوث الردة باعتبار الردة موتا حكما وقد تحقق بهذا الموت وهي مسلمة إن غيرت إزالة إسلامه وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة **قوله** وإذا أعتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر فتكمل ثلاث حيض لقيام النكاح من كل وجه أي بعد الطلاق الرجعي فلما أعتقت والحال قيامه من كل وجه كمل ملك الزوج عليها والعدة في الملك الكامل مقدرة شرعا بعدة الحرائر ثلاث حيض كذا في الكافي ووقع في شرح الكنز لفظ الطلاق مكان لفظ العدة فقال والطلاق في الملك الكامل يوجب عدة الحرائر ولا يخفى أن الطلاق لم يحدث في ملك الكامل بل طرأ كمال الملك بعده بالعتق اللهم إلا أن يحمل لبقائه الحكمي حكم ابتدائه وهو ممكن لو كانت إجماعية لكن هي خلافية وبقولنا قال الشافعي رحمه الله في الأظهر وأحمد وإسحاق والحسن والشعبي والضحاك وقال مالك وأبو ثور لا يكمل عدتها في الرجعي والبائن عن الزهري وعطاء وقتادة تكمل فلا دين ثم

وان كانت آئسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستأنف العدة بالحيض ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها

اعتبار بقائه كابتدائه وجه قول مالك ان بمجرد الطلاق لم تثبت عدة الاقراء وشرطها وهو ورود الطلاق على امة عقيب نكاح متأكد فلو
وجبت عدة الحرائر كان على خلاف مقتضى السبب وتحقيق الجواب منع تأثير سبب العدة في كمية مخصوصة فالنكاح سبب العدة
عند الطلاق فقط لا يفيد كمية خاصة اذ لا يعقل تأثير النكاح في خصوص كمية بل في مطلق التربص تعرفا وتأسفا والتقدير بالكمية لحكمة اخرى سنذكرها
عدة النكاح الفاسد ومع تسليم الوجه المذكور للانتقال عن المعارض وقد صور الانتقال الى جميع كميات العدة البسيطة وهي اربعة صورتها
امة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فمضى بها شهر ونصف فلو حاضت في اثنائها انتقلت الى حيضتين فلو اعتقت قبل مضيهما صارت ثلث حيض
فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت الى اربعة اشهر وعشر **قوله** وان كانت آئسة فاعتدت بالشهور يمكن كون كانت تامة يعني اذا وجدت
امرأة آئسة فاعتدت بالشهور **قوله** ثم رأت الدم بعد انقضاء الاشهر او في خلالها انتقض ما مضى من عدتها وظهر فساد نكاحها الكائن
بعد تلك العدة حتى لو كانت حبلت من الزوج الآخر انقضت عدتها وفسد نكاحها صرح به ويندرج في اطلاق الانتقاض وهو لازم للتعليل
الذي ذكره في الكتاب بقوله لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وعلله بان شرط الخلفية اي خلفية الاعتداد بالاشهر
عنه بالحيض تحقق الاياس بالنص وهو قوله تعالى اللائي يئسن من المحيض الآية والاياس لا يتحقق الا باستدامة العجز الى الممات كالقدرة
في حق الشيخ الفاني فاذا ظهر الدم ظهر عدم الخلفية فظهر عدم انقضاء العدة الا ان هذا يتوقف على كون ذلك الدم حيضا وليس
هو بلازم من مجرد وجوده لجواز كونه دما فاسدا فلذا قيده بقوله ومعناه اذا رأت الدم على العادة لانه حينئذ ظاهر في انه ذلك المعتاد وعود العادة
يبطل الاياس ثم فسر بعضهم هذا بان تراه سائلا كثيرا احترازا عما اذا رأت بلة يسيرة ونحوها وقيده بعضهم بان يكون احمر او اسود فلو
اصفر او اخضر او تربية لا يكون حيضا ومنهم من لم يتعرض له فقال معناه اذا رأته على العادة الجارية وهو يفيد انها اذا كانت عادتها
قبل الاياس صفرة فرأته كذلك او علقة فرأته كذلك كان حيضا متى ظهر عدم انقضاء العدة بالاشهر ثم اطلق المصنف انتقاض العدة والاستئناف فاقتضى ثبوت
ذلك سواء قلنا بتقدير الاياس بمدة اولا وذكر في المحيط ان في ذلك روايتين في رواية لا تقدير فيه واياسها على هذه ان تبلغ
من السن ما لا تحيض فيه مثلها فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم باياسها فان رأت بعد ذلك ما يكون حيضا على هذه الرواية تبطل
الاعتداد بتلك الاشهر ويظهر فساد النكاح ويمكن كون المراد بمثلها فيما ذكره المماثلة في تركيب البدن والسمن والهزال وفي
رواية يقدر بخمس وخمسين سنة وهو رواية الحسن وعليه اكثر المشايخ وفي المنافع وعليه الفتوى وعن محمد انه قدره في الروميات بخمس
وخمسين سنة وفي غيرهن بستين وعنه بسبعين في بنات الاصغار وقال ابو الليث لو حاضت ثم انقطع عنها الدم لتصير ستين سنة ولو كانت
عادة امها واخواتها الانقطاع قبل ستين تأخذ بعادتها ومنهم من قال لا تأخذ بعادتها ومنهم من قال لا انقطع فاذا رأت الدم بعد ذلك ما لا يكون حيضا كالدم التي تراه
الصغيرة التي لا تحيض مثلها وهذه العبارة تفيد انه لا يحتاج الى حكم القاضي بالاياس وكذا العبارة القائلة اذا بلغت المقدر فيه
وانقطع حيضها حكم باياسها فان رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا انما تقتضي ان بلوغ المقدر مع عدم الانقطاع يحكم به شرعا وقيل يكون
حيضا ويبطل به الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح لان الحكم بالاياس بعد خمس وخمسين واذا لم تر الدم بالاجتهاد والدم حيض بالنص
فاذا رأته فقد وجد النص بخلاف الاجتهاد ويبطل كذا نقل بعضهم فهو يفيد كون الخلاف انما هو على رواية التقدير واما على رواية

بعد الاياس هو الصحيح لانه لم يكن حيضا الا ان يشترط الخلف في تحقق الاياس وهو استدامة الانقطاع الى الممات كما قدمنا في تفسيره فلا

عنده فلا خلاف في الانتقاض وفي الغاية معزيا الى الاسبيجابي على رواية عدم التقدير ولو اعتدت بالاشهر ثم رات الدم لا تبطل الاشهر وهو المختار وعندنا تنتقض ثم حكى خلاف المشائخ على الروايتين في بعض العبارات ليس الكلام في الانتقاض انما الكلام في القاضي اذا قضى بالاياس بعد عدم حكمه وفي الخلاصة نقل من نوادر الصلوة عن محمد في العجوز الكبيرة اذا رات الدم مدة الحيض فهو حيض ثم نقل قول ابن مقاتل انها محمولة على ما اذا لم يحكم بإياسها اما اذا انقطع وحكم باياسها وهي ابنة سبعين سنة وسود فرات لا يكون حيضا وقال بعده وبخطوط طريق القضاء ان يدعي احد الزوجين فساد النكاح بسبب قيام العدة فيقضي القاضي بجوازه او بانقضاء العدة بالاشهر قال وكان الشهيد يفتي بانها لو رات بعد ذلك ما يكون حيضا ويفتي ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رات الدم قبل تمام الاشهر وان كانت راته بعد تمام الاعتداد بالاشهر لا تبطل الانكحة يقضي القاضي بجوازه ذلك او لم يقض ثم ذكر الخلاف صريحا مبنيا على ما تقدم من مجموع النوازل الآيسة اذا اعتدت بالشهور وتزوجت ثم رات الدم يكون النكاح فاسدا عند بعض المشائخ الا اذا قضى القاضي بجواز النكاح ثم رات الدم لا يكون النكاح فاسدا ثم قال والاصح ان النكاح جائز ولا يشترط القضاء وفي المستقبل تعتد بالحيض انتهى فتحصل في المسئلة اقوال على التقدير وعدمه وفي تنتقض اذا راته قبل انقضاء الاشهر وبعدها في الماضي والمستقبل قد اقل مدة الاياس او لا حكم بالاياس او لا وهو ظاهر مختار المصنف من التصوير والتعليل لا ينتقض مطلقا فتنتقض كذلك اذا راته قبل تمام الاشهر وان كان بعدها فلا يبطل فلا تنتقض الانكحة وقضى بالاياس او لا وهو قول الشهيد تنتقض ان لم يكن قضى اياسها كما قلنا لا تنتقض ان كان حكم باياسها وهو ان يدعي فساد النكاح فيقضي بصحته او بانقضاء العدة وتنتقض ان لم يكن حكم بالاياس والقول المصحح في النوازل انتقض في المستقبل فلا تعتد الا بالحيض لا الماضي فلا تفسد الانكحة المباشرة عن الاعتداد بالاشهر واذا عرفت هذا فقول المصنف هو الصحيح احتراز من كل قول يقول باطلاق الانتقاض مطلقا كان او مفصلا مبني مختاره على اشتراط تحقق الاياس بكيفية الاشهر بالنص وان تحقق الياس لا يكون الا باستدامة الانقطاع الى الممات لا شك في الاول لكن كون تحققه موقوفا على استدامة الانقطاع لا اعلم فيه دليلا سوى ما يتوهم من لفظ الياس او يقتضي ذلك ولا شك ان الياس من مقولة الادراك فانه ليس الاعتقاد ان الشيء لا يقع ابدا انه يستدعي كون ذلك الاعتقاد وملابسة لا يتصور وجود خلاف متعلقه فلا ولكنا قد تحقق الياس من الشيء ثم يوجد وكثيرا ما يقال في الوقائع كنت آيست من كذا ثم وجد قد قال تعالى حتى اذا استيأس الرسل وظنوا انهم قد كذبوا جاءهم نصرنا وكونه بان ينعدم الحيض ويمتد ويتفق محال وجوده في باقي العمر لكن ان كان فيه وعلى هذا اذا راته بعد الاياس لا ينتقض ما مضى ولا يفسد النكاح المباشر عن اعتداد بالاشهر لو تم معتبر الوجود بشرطه ويبقى النظر بعد ذلك في انه هل ينتقض فيما يستقبل فلا تعتد الا بالحيض فيكون هذا ما صحح في مجموع النوازل او لا ينتقض فيما يستقبل ايضا كقول الصفار وغيره وهو مبني على النظر فيما يترجح في هذا المرئي بعد الاياس هو حيض ام دم فاسد ولا تعلق له بالقضاء بالاياس وعدمه اذ القضاء لا يرفع وجود المحسوس في المستقبل والوجه يقتضي الخلاف في المستقبل فلا ينتقض ما مضى لوجود الشرط وهو الاياس لوجود سببه وهو الانقطاع في سن هو الذي يغلب فيه ارتفاع الحيض والحبس والحسوس وعدم مخايل كونه استداما للطهر ولا يجري في المستقبل الا بحيض لتحقق الدم المعتاد فارجا من الفرج على غير وجه الفساد بل على الوجه المعتاد وقد علمت ان الاياس لا ينافيه فاذا تحقق الياس تحقق حكمه

ولو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض

واذا تحقق الياس تحقق حكمه والله سبحانه اعلم واما كون العجز المستدام شرطا في الشيخ الفاني فلا يستلزم مثله في الاياس اذ لا ملازمة بينهما تثبت شرعا والمسئلة نصية لا قياسية نص يقال على تعليق الاعتداد بالاشهر عند الاياس فقد وجد فثبت الاعتداد بها بالنص ثم زال الاياس فثبت الاعتداد بالاقراء بالنص **قوله** ولو حاضت حيضتين ثم أيست بان بلغت سن الاياس عند الحيضتين وانقطع او انقطع عندها في سن لم تحض فيه امهاتها واخواتها على ذكر التتمة وقوله تحرزا من الجمع بين البدل والمبدل هذا التعليل هو المفيد لكون المراد من قوله تعتد بالشهور انها تستانف العدة بالشهور واورد عليه ان المتوضي اذا سبقه الحدث في الصلوة ولا ماء فتيمم وبني وكذا لو صلى اول صلوته بركوع وسجود ثم عجز جاز له البناء بالايماء وهما بدلان اجيب بالمنع فليس الصلوة بالتيمم بدلا عنها بالوضوء بل التراب خلف عن الماء والطهارة به خلف منها بالماء والجمع ان يجمع بين التراب والماء في رفع حدث واحد وليست هنا كذلك بل رفع الحدث الاول بالماء ورفع الثاني بالتراب ولا الايماء خلف عن الاركان لانه موجود فيها وزيادة ولكن يسقط عن بعض ما لا يقدر عليه لعذر ويبقى البعض على حاله وبعض الشيء لا يكون خلفا عن الكل لوجوده معه فيستلزم كونه خلفا عن نفسه فانما تكون الخليفة بشيء آخر **قوله** والمنكوحة نكاحا فاسدا وهي المنكوحة بغير شهود ونكاح امرأة الغير ولا علم للزوج الثاني بانها متزوجة فان كان يعلم لا تجب العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطيها لانه زنى واذا زنى بامرأة حل لزوجها وطيها وبه يفتى كذا في الذخيرة ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما والموطوءة بشبهة كالتي زفت الى غير زوجها والموجودة ليلا على فراشه اذا ادعى الاشتباه **قوله** عدتهما الحيض في الفرقة الكائنة بتفريق القاضي او عزم الواطي على ترك وطيها والموت اي موت الواطي وذلك لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا ومطلق اسم الزوج انما يقع على المتزوج بنكاح صحيح والعدة في حقها للتعريف لا لاظهار خطر النكاح باظهار التاسف على زواله غير ان الفاسد ملحق بالصحيح فتتعرف البراءة فيه فيجب ان يكون على الوجه الذي هو ثابت في الصحيح ولذا وجبت ثلاث حيض ولم يكتف بواحدة كما في الاستبراء وانما وجبت في النكاح الصحيح ثلاثا لان المقصود فيه التعرف على وجه الاحتياط وحيض الحامل لا يجوز لانه مجتهد فيه وخرج للعلم بمخالفته فلا يقوى طمن النزاع بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به واستحاضة معه عندنا غاية الامر انه مخالف للعادة بخلاف ما اذا كرر في الاشهر فانه يضعف تجويز الحمل معه ليضعف تجويز مخالفة العادة كثيرا بالحيض والاستحاضة مع الحمل بالنسبة الى مخالفتها قليلا وهو ثبوت الحمل مع الدم مرة بخلاف الاستبراء فان التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فانه لم يتمحض له الا يرى انه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك ان فيه شائبة التعبد **قوله** واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلاث حيض فان لم تحض فثلاثة اشهر يعني اذا لم تكن حاملا ولا تحت زوج ولا في عدة فان كانت كذلك فعدتها بوضع الحمل في الاول وفي الثاني والثالث لا تجب عليها عدة المولى لعدم ظهور فراش المولى ولو مات زوجها ومولاها ولا يدرى ايهما اول فاما ان يعلم ان بين موتيهما اقل من شهرين وخمسة ايام كأنما كان ذلك من يوم الى شهرين واربعة ايام او يعلم انه شهران وخمسة ايام فصاعدا او لا يعلم كم بينهما ففي الاول تعتد باربعة اشهر وعشرة لانه ان كان موت المولى اولا فلا عدة منه لانها ذات بعل ثم موت الزوج بعده وهي حرة موجب لاربعة اشهر وعشر وان كان موت الزوج اولا لزمها شهران وخمسة ايام ثم

وقال الشافعي رح بحيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبهت عدة النكاح

موت المولى قبل تمام عدتها موجب للعتق غير موجب للعدة لانها معتدة ولا التغيير بالانها تختص بفرقة الرجعي فتيقنا بعدم وجوب العدة من جهة المولى ودارت في الزوج بين كونها اربعة اشهر وعشرا وشهرين وخمسة ايام فوجب الاحتياط فلزمها اربعة اشهر وعشر وفي الثاني تجب ان تعتد بابعد الاجلين يعني تجمع بين اربعة اشهر وعشر وثلث حيض لان السيد ان كان مات اولا ثم مات الزوج فعليها اربعة اشهر وعشر لما قلنا وان كان الزوج مات اولا فعدتها شهران وخمسة ايام ثم موت السيد بعد لا يوجب عليها عدة بثلث حيض لانها بعد انقضاء عدة الزوج فعلى تقدير عدتها اربعة اشهر وعشر وعلى تقدير عدتها شهران وخمسة ايام ثم ثلاث حيض فلما لم يعلم الواقع كان الاحتياط ان تعتد باكثر ما يلزمها وفي الثالث كذلك عندهما لاحتمال كون الواقع هو الوجه الذي ذكرناه وعند ابي حنيفة تعتد باربعة اشهر وعشر فقط لاحتمال ان الزوج هو المتاخر ولا يعتبر فيها الحيض لان سبب وجوب العدة للمولى هو ظهور فراشه ولم يوجد والاحتياط انما يكون بعد ظهور السبب لانه العمل باقوى الدليلين ولا يخفى انه مشترك الالزام **قوله** وقال الشافعي حيضة واحدة وهو قول مالك واحمد وقولهم قول ابن عمر وعائشة رضي الله عنهم وعن سعيد بن المسيب وابن جبير وابن سيرين ومجاهد والزهري والاوزاعي واسحق انها تعتد باربعة اشهر وعشر وقولنا قول عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وعطاء والنخعي والثوري وعند الظاهرية لا استبراء على ام الولد وتتزوج ان شاءت اذا لم تكن حاملا وهذا ابتناء على عدم اعتبارهم القياس لا القياس الجلي وهو المسمى عندنا بدلالة النص وعند غيرنا بمفهوم الموافقة وهذه المسئلة قياسية ولا شك انه تحقق بموت المولى حقيقة كل من امرين زوال ملك اليمين وزوال الفراش فقاسوا على الاول فهذا تربص يجب بزوال ملك اليمين فيقدر بحيضة كالاستبراء وقلنا تربص يجب بزوال الفراش فيقدر بثلث حيض كالتربص في الطلاق وهذا ارجح لان العدة مما يحتاط في اثباتها فالقياس الموجب للاكثر اوجب الاعتبار على ان التحقيق انه لا معارضة بينهما في ايجاب الزائد على الحيضة وذلك لان نفي وجوب الزائد على الحيضة ليس مقتضى قياس الاستبراء بل مقتضى القياس ليس الا تعدية حكم الاصل وهو وجوب التربص حيضة فقط وعدم وجوب الزائد بالعدم الاصلي لانه مقتضاه فان اثر العلة فيه وفي كل قياس انما هو في تعدية حكم الاصل لا في غيره نفيا ولا اثباتا ثم لا يجب ذلك الغير لعدم الدليل المقتضي لوجوبه فاذا علمت هذا فايجاب الزائد على الحيضة لا ينفيه القياس الذي عيناه ولا يقتضي نفيه ما بيناه فيسلم ايجابه عن المعارض وعلى هذا التحقيق فالمعارضة انما تثبت بين كل قياسين اذا لم يكن موجب احدهما نقيض موجب الآخر وثبت بطريق اللزوم لما قلنا من انه ليس من مقتضى العلة التعرض لغير حكم الاصل نفيا ولا اثباتا فاذا كان في الفرع جامعان لكل منهما يقتضي فيه حكما وجوديا والآخر غيره بالذات فانه يلزم من اقتضاء احدهما ثبوت حكمه ويلزم من ذلك انتفاء حكم الآخر الا ان يجوز القياس والتعليل بنفي حكم فان النفي مقتضاه وفيه كلام في الاصول منهم من اختاره وشرط كون العلة امرا عدميا ولم تعقلوا معنى نفيه لان العدم لا يؤثر شيئا وما وقع في اصعدها من التعليل به كقول محمد في عدم الخمس في موضع لانه لم يوجف عليه المسلمون بخيولهم فانما حقيقته بناء الحكم على العدم الاصلي بناء على انه لم يعلم من الشرع ما اشتغاله بالخمس الا ذلك وهو منتف في تلك الصورة فينتفي الخمس اي يبقى على عدمه الاصلي لا انه الحاق بجامع مؤثر بخلاف ما اذا كان مقتضى احدهما نقيض موجب الآخر كما نحن فيه فان القياسين تضافرا على اثبات تلك الحيضة وتفرد احدهما باثبات امر آخر ليس فيه تعرض لما

ثم امامنا فيه عمر رض فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي رح لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه

قوله واما منا فيه عمر بن الخطاب رض روى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا عيسى بن يونس عن الاوزاعي عن يحيى بن ابي كثير ان عمرو بن العاص امر ام الولد اذا اعتقت ان تعتد ثلاث حيض وكتب الى عمر رض فكتب بحسن رأيه فاما انه قال في الوفاة كذلك والله اعلم وليس يلزم من الحكم بثلث حيض في العتق من شخص **قوله** يسرى الوفاة الاثرى الى ما ذكرناه عن عمرو بن العاص انه قال بها في العتق وروى ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه عن قبيصة عن عمرو بن العاص قال لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة ام الولد المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشر لكن قال الدارقطني وقبيصة لم يسمع من عمرو فهو منقطع وهو عندنا غير ضائر اذ كان قبيصة ثقة وقد اخرج ابن ابي شيبة عن الحارث عن علي وعبد الله قالا ثلث حيض اذا مات عنها يعني ام الولد واخرجه عن ابراهيم النخعي وابن سيرين والحسن البصري وعطاء فعلى هذا تعارض النقل عن ابن سيرين والحارث ضعيف الا ان غالب النقل للمذاهب انما يخلو عن مثله والتحقيق انها مختلفة بين السلف وهو راجع الى اختلاف الرأي وقد بينا ترجيح ما يوافق رأينا **قوله** واذا مات الصبي عن امرأته وبها حبل احتراز عما اذا مات وظهر بها حبل بعد موته فانها تعتد بالشهور اتفاقا ثم يعرف ذلك بان تضع لاقل من ستة اشهر من موته في الاصح فاذا وضعته كذلك انقضت عدتها عند ابي حنيفة ومحمد رح فان وضعته لستة اشهر من موته فاكثر لم يكن محكوما بقيامه عند موته بل بحدوثه بعده فلا يكون تعتد العدة بالوضع عندهما بل باربعة اشهر وعشر اتفاقا وقيل المحكوم بحدوثه ان تلده لاكثر من سنتين من موته وفيما دون ذلك يكون الانقضاء بالوضع وليس بشيء لان التقدير للحدوث باكثر من سنتين او سنتين كان لا للاحتياط في ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته في الصبي فلا حاجة الى غير الحكم بالحدوث الى سنتين **قوله** وقال ابو يوسف رح عدتها اربعة اشهر وعشر وهذه رواية عن ابي يوسف ذكرها الكرخي وفي الظاهر خلافه ولم يذكر محمد خلافا في الجامع ولا في كلام الحاكم ويقول فخر الاسلام في مبسوطه يعني لا تعتد بوضع الحمل استحسان من علمائنا يدل عليه فانما هي رواية عنه ولذا قال شمس الائمة عن ابي يوسف ان عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول زفر والشافعي انتهى فاذا قال ابو يوسف في المطلقة جاءت بولد لاكثر من سنتين تعتد بوضعه مع انه منتفي النسب محكوم بحدوثه فكيف يقول في المحكوم بقيامه عند الفرقة لا تعتد بوضعه فانما هي رواية شاذة وهو قول مالك واحمد ورواية عن ابي حنيفة ثم يجب كون ذلك الصغير غير مراهق اما المراهق فيجب ان يثبت النسب منه الا اذا لم يمكن بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من العقد وعلى هذا الخلاف اذا طلق الكبير امرأته فجاءت بولد غير ساقط لاقل من ستة اشهر من وقت العقد بان تزوجها حاملا من الزنا لا يعلم الحالة ثم وضعت كذلك بعد الطلاق تعتد بالوضع عندهما وعنده لا اعتبار به وانما قلنا ولا يعلم لصحة كونه على هذا الخلاف لانه لو علم لم يصح العقد عند ابي يوسف لانه يمنع العقد على الحامل من الزنا بخلاف ما اذا لم يعلم فانه وان لم يصح لكن يجب بالوطي فيه العدة فانه بشبهة فيقع الخلاف في انها بالوضع او بالاشهر وجه قول ابي يوسف القياس على الحادث بعد موت الصغير بجامع انتفاء النسب فلا يعتد بوضعه كالحمل الحادث بعد موت الصغير ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل بين كونه منه او من غيره ولانها اي عدة الوفاة في حق الحامل وقت الموت مقدرة بوضع الحمل في اولات الاحمال لا لتعرف فراغ الرحم لشرعها اي شرع عدة الوفاة بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى وهو قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه كما يتحقق في الكبير والنسب منه وتلخيص هذا الوجه منع قياس زوجة الصغير الحامل وقت موته بغير ثابت النسب على زوجة الكبير الحامل وقت موته بثابت النسب في حكم هو الاعتداد بوضع الحمل بجامع انه لقضاء حق النكاح اظهارا لخطره متعرضا فيه لالغاء الفارق وهو وصف ثبوت نسب الحمل وعدمه ودليل

حدوث الحمل بعده لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث لها الحمل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء العدة

الا انها شرع الاشهر مع تحقق الاقراء وبه يظهر فساد ما ذكره من صورة القياس فان حقيقته ليس الا نفي الحكم لنفي العلة المساوية وهي ثبوت نسب الحمل فانه المعتبر علة مساوية للاعتداد بالوضع وهو منتف في الخلافية فينتفي الاعتداد بوضع الحمل كما انتفى في الحامل بحادث بعد موت الصبي ونحن منعنا عليته فضلا عن مساواته لكن لا يخفى ان كون الاعتداد بالوضع ليس الا لتعارف الكلام ممنوع بل انما ذلك ليثبت الفراغ ليتمكن من النكاح وقدمنا ان شرعيته لكل من الامرين فقد يفرد احدهما وقد يجتمعان ثم الاولى عدم التعرض لنفي كون العدة لمعرفة الفراغ فانه اذا ثبت ان الامرين ثبت لكل خصوصياته فتثبت كونها بوضع الحمل للنفي ايضا واعلم ان قول ابي حنيفة ومحمد في المسئلة التي اتبعناها قول ابي يوسف اعني المطلقة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين ان عدتها انقضت من سنة اشهر قبل الوضع فيرجع بنفقتها ان كانت تعجلتها اضافة للحادث وهو الحمل الحادث الى اقرب زمانه **قوله** بخلاف الحمل الحادث شرع يفرق بين ما قاسوا عليه في الصورة وبين محل الخلاف والحاصل انه تعالى انما شرع العدة بوضع الحمل اذا كان الحمل ثابتا حال الموت وان كان لفظ الآية مطلقا كما ليس بالعقل العلم بان حال الموت حال زوال النكاح وعنده يتم السبب الموجب للعدة فلا بد من ان تثبت العدة اذ ذاك والفرض ان الاحمل حتى تثبت بالوضع وعدمه فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدمه للاعتداد بالوضع او بالاشهر من ضروريات العقد بعد العلم بما ذكرنا فعند عدمه والفرض ان العدة تثبت لا تتوقف فانها تثبت بالاشهر وبهذا لزم ان مراد الآية باولات الاحمال حالة الفرقة **قوله** ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها حبل بعد موته بان جاءت به لاقل من سنتين من حدوثه في نفس الامر حيث تعتد بالوضع لا بالاشهر مع فرض حدوثه في نفس الامر فاجاب بمنع الحكم بحدوثه فانه محكوم بثبوت نسبه شرعا وذلك مستلزم الحكم لقيامه عند الموت والاصل التوافق بين الحكمي والواقع الا ان يتحقق خلافه فوجب كونه قائما عند الموت حقيقة وحكما حتى لو ولدته بعد الحولين حتى يتحقق حدوثه كان الحكم ان تعتد بالاشهر وعند التامل لا معنى لهذا الايراد والجواب عنه بما ذكرنا اصلا **قوله** ولا يثبت نسب الولد في الوجهين اي في الحادث بعد الموت وغيره لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق وقوله والنكاح يقوم مقامه اي مقام العلوق في موضع التصور لان الشيء انما يقدر تقديرا اذا امكن تصوره تحقيقا **قوله** واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تحتسب بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة ثلاث حيض كوامل لانه سمى الاسم في ثلاثة قروء وقوله عليه السلام وعدتها حيضتان **قوله** واذا وطئت المعتدة بشبهة من اجنبي او من الزوج ووافق الشافعي في احد قوليه فيما اذا كان الواطئ المطلق والوطء بشبهة يتحقق بصورتها التي زفت الى غير زوجها والموطوءة للزوج بعد الثلاث في العدة بنكاح قبل نكاح زوج آخر او في العدة اذا قال ظننت انها تحل لي والتي طلقها بالكناية ثم وطئها في العدة او كانت في عدة فوطئها آخر بشبهة او في عصمة فوطئها آخر بشبهة ثم طلقها الزوج ففي هذه تجب عدتان وتتداخلان وبه قال مالك وعدمه قول الشافعي واحمد وما في الغاية من ان الشبهة في المطلقة بالطلاق الثلاث في الفعل والشبهة في الفعل لا يثبت النسب في الوطء وان قال ظننت انها تحل لي واذا لم يثبت النسب لا يجب به العدة سيأتي دفعه في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ثم معنى التداخل جعل المرئي منها حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدة الاولى فعليها حيضتان تمامها ويحتسب بهما من عدة الثاني وللآخر ان يخطبها اذا انقضت عدتها من الاول لانها في عدته ولا يخطبها غيره فان كان الاول طلقها رجعيا فله ان يراجعها اذا شاء ثم لم يقربها حتى تنقضي عدتها من الآخر وان طلقها بائنا فليس له ان يخطبها بعد وجوب العدة عليها من الثاني حتى تنقضي عدتها منه كذا اذا كانت العدتان بالشهور قالوا والخلاف في

ركنها المقصود والشرط ... حتى تحصل بالواجب تحت الطلاق ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف

على ان ركن العدة ماذا فعند الشافعي كف النفس عن المحرمات في مدة معينة فاذا وجب كف عنها في مدة بسبب وكف عنها كذلك بسبب اخر
لا يتداخلان لان هذا الكف عبادة والعبادات لا تتداخل انما التداخل لائق بالعقوبات الا ترى ان من وجب عليه الكف عن الشهوتين
في يوم بسبب ثم وجب مثله بسبب آخر لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد وعندنا الركن نفس تلك الحرمات الكائنة في تلك المدة
ويمكن اجتماع حرمات في الشيء الواحد كالخروج والتزوج فيما نحن فيه في زمان واحد باسباب مختلفة كحرمة الخمر المحلوف على عدم شربها نهارا
للصائم ونحو ذلك ومعنى العبادة تابع بدليل انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف ويمكن تقرير الكلام بوجه آخر وهو ان نقول لا شك انه يثبت عند
تمام سبب العدة امور هي حرمة الخروج وحرمة الزينة وحرمة التزوج في مدة معينة تنتهي هذه الحرمات بانتهائها ووجوب التربص في تلك المدة
ايضا الثابت بقوله تعالى والمطلقات يتربصن مع ان هذا الوجوب لا بد ان يثبت لازما للحرمة بادنى تامل ومتعلق الوجوب ليس الا فعل الكف
والتربص والامكان الانتظار فهو من افعال النفس فان اريد تعيينه لم يتراءى سبب كونه ترك تلك المحرمات الى انقضاء المدة وترك الشيء
لا يخرج عن كونه كف النفس عنه او حبسها ومن ظن المقابلة بين الكف والترك فبعيد عن التحقيق وح يكون حاصل يتربصن نهيا عن تلك الامور
لانه طلب كف عنها كما جعلوا ذروا البيع نهيا عنه فالثابت تحريم هذه الامور ومن المعلوم ان لزوم الكف لا يتعلق بالمرأة الا عند علمها
بالسبب اذ التكليف بالمقدور ولا قدرة بدون العلم وبحكم هذه المقدمة وهي ان الحكم انما يثبت في حق المكلف باعتبار علمه بالسبب والمقدمة
القائلة ان الحكم المقيد بمدة ينتهي بانتهائها لزم انها اذا لم تعلم بالطلاق حتى تمت العدة خرجت عن العدة غير آثمة لان الثابت في
حقها لم يكن حكم الخطاب بل غايته اصل الوجوب الثابت بالسبب ولا طلب في اصل الوجوب على ما عرفت او علمت ثم لم تكف اي لم تتربص عن
الخروج والنكاح حتى انتهت الى حد الزنا الى ان تمت المدة خرجت عن العدة آثمة فلا يكون انقضاؤها بلا علمها ومع تركها الكف دليلا على
ان معنى العبادة تابع كما قال المعول الدليل على ذلك تحققها في حق من لا تصح العبادة منه فلا تجب عليه كالمجنونة والصغيرة فعلم ان تحقق
العدة في الشرع بالاصالة انما هو لتعرف فراغ الرحم ولاظهار خطر النكاح والبضع فقد يجتمعان كما في ذوات الاقراء وقد لا كما في الآيسة
والصغيرة ومعنى العبادة تابع وهو كف النادرة المختارة نفسها عن متعلقات تلك الحرمات فلا شك ان العدة تطلق في كل من تلك الامور
اما على التربص ففي قولنا وجبت العدة ونحوه واما على نفس المدة ففي نحو قولنا انقضت العدة وما سنذكره ايضا واما على نفس الحرمات فيتعذر
دعوا انها الركن لكن الشأن في بيان ان مسمى لفظ العدة في الشرع ماذا فالذي يفيده حقيقة نظم كتاب الله تعالى وهو قوله عز وجل فعدتهن
ثلاثة اشهر انه نفس المدة الخاصة التي تعلقت الحرمات فيها وتقيدت بها لا الحرمات الثابتة فيها ولا وجوب الكف ولا التربص وقوله تعالى
يتربصن انما يفيد لزوم التربص لا انه مسمى لفظ العدة وقد قلنا ان كلا من الامور ثابتة عند تمام السبب الكلام الا ان ليس فيه واما قوله تعالى
اجلهن ان يضعن حملهن حتى يبلغ الكتاب اجله فاذا بلغن اجلهن فالاجل ما كان من المدة لتاخير ثبت عند مضيه كالمطالبة في الدين ثم الثابت
بمضي هذا الاجل حل النكاح والخروج فيكون الثابت قبله حرمتها فلا دليل فيها ايضا الا على مجرد الثبوت وهو لا يستلزم كونه الركن كما قلنا
في التربص واما وصف العدة بالوجوب في قولنا العدة واجبة ووجبت فانما يقتضي ان المراد بها فعل كالتربص والكف وهو لا يستلزم كونه
المفهوم الحقيقي الا ظاهرا وذلك لو لم يعارضه النظم القرآني فتلخص انه يجب كون مسمى العدة المدة الخاصة التي تعلقت فيها المحرمات عند الكل

والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطئ على ترك وطئها وقال زفر من آخر الوطئات لان الوطء علة الوجوب

ثم نقول لا يلزم بناء الخلاف في تداخل العدتين على كون ركن العدة الكف او الحرمات بل يصح تفريعه مع الاتفاق على انه الحرمة حقيقة وذلك لان العدة اذا تعلقت فيها حرمات يجب لها الكف النفس عن متعلقاتها فتداخل العدتين يستلزم تداخل تلك العبادات الواجبة فيها الا ان تداخلها واللازم ممتنع وهو امتناع تداخل العبادات سواء جاز لازما لتداخل العدة او كان عين تداخلها فلذا والله اعلم اقتصر المصنف على كونه الكف ثم الدفع على هذا التقدير ان الكف الواجب لم يجب حقيقة على وجه العبادة بل مطلقا اذ لا دليل يوجب كونه وجب عبادة على ذلك الوجه بل الدليل قام على عدمه للاتفاق على ان البالغة العاقلة لو وقع الكف منها مقترنة بلا قصد او لعرض مباح حتى انقضت العدة لم يحكم بكونها آثمة مع انه لم يتحقق العبادة لعدم نية الاحتساب لله تعالى فعلم انه لم يجب عليها عبادة نعم يجب لها مرضيته ان يصير عبادة وان البالغة العاقلة اذا كفت نفسها عن الخروج وغيره مع نزوع النفس لذلك احتسابا لله وقصد الطاعة يقع ذلك عبادة لله تعالى لا انه يجب ايقاعه كذلك كما ذكرنا **قوله** والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها فلو لم تر فيها دما يجب ان تعتد بعد الاشهر بثلاث حيض **قوله** وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فلا بد من السبب النكاح والطلاق شرط وان الاضافة في قولنا عدة الطلاق الى الشرط فالاولى ان يقال لان عدة الطلاق وللموت تجب تعقيبها من غير فصل فيكون مبدأ العدة من غير فصل بالضرورة **قوله** ومشايخنا يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة بان يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين او يتواضعا عليه ليتزوج اختها او اربعا سواها واذا كان لمخالفة هذا الحكم وهو مذهب الائمة الاربعة وجمهور الصحابة والتابعين لهذه التهمة فينبغي ان يتحرى به محال التهمة والناس الذين هم مظانها ولذا فصل السغدي حيث قال ما ذكر محمد من ان ابتداء العدة من وقت الطلاق محمول على ما اذا كانا متفرقين من الوقت الذي اسند الطلاق اليه اما اذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهما ظاهر فلا يصدقان في الاسناد وقال محمد على هذا اذا قال لها ما تم قال كنت طلقتك منذ كذا وهي لا تعلم بذلك يصدق ويعتبر عدتها من ذلك الوقت ثم لا يجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافه بالسقوط وعلى قول هؤلاء ينبغي ان لا يحل له التزوج باختها واربع سواها وقد عرفت ان تقييده بالاقرار يفيد ان الطلاق المتقدم اذا ثبت بالبينة ينبغي ان تعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لان ثبوتها بالبينة لا بالاقرار وان سقوط النفقة والسكنى على قول هؤلاء ثم اذا صدقته اما اذا كذبته في الاسناد فلا وكذا اذا قالت لا ادري والحكم في الفصول الثلاثة على قول المشايخ ان العدة من وقت الاقرار ولا يصدق في الاسناد والمراد من قوله ومشايخنا مشايخ بخارى وسمرقند واقتصار النهاية والدراية على قوله من مشايخ بلخ غير جيد ثم فيه ترك لشرح الكتاب وان كان غائبا فاتاها موته او طلاقه لمدة تنقضي بها العدة فلا عدة عليها واذا شكت في العدة اعتدت من الوقت الذي تستيقن فيه بموته ولو جعل امر امرأته بيدها ان ضربها فضربها فطلقت نفسها فانكر الزوج الضرب فاقامت البينة عليه وقضى القاضي بالفرقة فالعدة من وقت القضاء او من وقت الضرب ينبغي ان يكون من وقت الضرب ولو طلقها وانكر فاقامت البينة وقضى بالطلاق فالعدة من وقت الطلاق لا القضاء **قوله** او عزم الواطئ بان اخبر بانه ترك الوطء فان الاخبار امر ظاهر فيدار الحكم عليه اما الوطئات لا تعلم لاحتمال وجود آخر بعده وفي الخلاصة والنصاب المتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا يكون الا بالقول كقوله تركتك وما يقوم

وكان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل إلى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة أو العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولأن التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره وإذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين لأنها أمينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لها نصف المهر وعليها إتمام العدة الأولى لأن هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة وإكمال العدة الأولى إنما وجب بالطلاق الأول إلا أنه لم يظهر حال التزوج الثاني فإذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشتراها ثم أعتقها ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقي أثره وهو العدة فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها أصلا لأن الأولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا وإذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها

مقامه كتركتها وخليت سبيلها أما بعدم المجيء فلا إذ الغيبة لا تكون متاركة لأن لو عاد يعود ولو أنكر نكاحها لا تكون متاركة **قوله** ولأن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل أي كل الوطئات إلى حكم عقد واحد وهو شبهة النكاح الصحيح ولهذا لاعتبار الكل واحدا يكتفى بمهر واحد فلو لم يعتبر كذلك لتعددت المهور بتعدد الوطء لما عرف فقبل المتاركة والعزم لم تثبت كل الوطئات لجواز غيره فلا تثبت العدة لكن حقيقة كلام زفر أنها إذا حاضت بعد الوطء أي وطء كان قبل التفريق ثلاث حيض انقضت عدتها وحلت للأزواج فإن تزوجت ظهر أنه كان آخر الوطئات وإن كان وطئها بعد ذلك علم أنه على هذا التقدير فيقول لو تركها حتى حاضت ثلاث حيض ولو حاضت حيضة بعد وطئه ثم قال عزمت على تركك أو تسبب بتلك الحيضة عنده من العدة فتتزوج بعد حيضتين أخريين وعندنا لا يحتسب بها ولأن مس الوطء على وجه الشبهة بسبب ملك العقد أقيم مقام حقيقة الوطء لخفاء الوطء ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره أي غير الواطئ وهو حلها للأزواج والخفي لا يعرف الحكم فإذا أقيم مقام حقيقة الوطء لا تثبت العدة ما دام التمكن على وجه الشبهة قائما ولا ينقطع التمكن كذلك إلا بالتفريق أو بالمتاركة صريحا فلا تثبت العدة إلا عندنا واختار أبو القاسم الصفار قول زفر ومقتضى ما قدمنا في باب المهر من قول طائفة من المشايخ ويل أوجه أنها لو تزوجت عالمة بأنها حاضت ثلاث حيض بعد وطئه كان صحيحا فيما بينها وبين الله تعالى إلا إذا اشترى لكونها بعد الترك ... فالقول قولها مع اليمين لا بد أن يكون محل هذا ما إذا كذبها مع كون المدة تحتمل انقضاءها على الخلاف الذي تقدم وهو شهران عنده وتسعة وثلاثون يوما عندهما لأنه إذا لم تحتمله المدة لا يقبل قولها أصلا **قوله** كالمودع إذا ادعى رد الوديعة أو الهلاك وأنكر المودع فالقول قول المودع مع اليمين عليه إذا كذبه وعكس هذه المسألة إذا قال الزوج أخبرتني أن عدتها قد انقضت فإن كان في مدة لا تنقضي في مثلها لا يقبل قوله ولا قولها إلا أن تبين ما هو محتمل من إسقاط سقط مستبين الخلق تحتمل قولها ولو كانت في مدة تحتمله تكذيبه لم تسقط نفقتها وله أن يتزوج بأختها وأربع سواها **قوله** إذا طلق الرجل امرأته المدخول بها طلاقا بائنا دون الثلاث ثم تزوجها في العدة وطلقها قبل الدخول فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال زفر نصف المهر والمتعة إن لم يكن سمى فيه مسمى وليس عليها عدة مستقبلة ولا تكملة العدة الأولى وقال محمد لها نصف المهر أو المتعة وعليها تمام العدة الأولى لأن قران العدة الأولى بطلت بالتزوج ولا تجب عدة بعد الطلاق الثاني ولا إكمال الأولى لأنه قبل الدخول ومحمد يقول كذلك غير أن إكمال العدة الأولى وجب بالطلاق الأول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثاني فإذا ارتفع بالطلاق ظهر حكمه **قوله** كما لو اشترى أم ولده أي زوجته التي هي أم ولده إذا كانت أمة فإنه ينفسخ النكاح بالشراء ولم تظهر العدة حتى حل له وطؤها بملك اليمين ثم بالعتق يظهر فيراد هنا تجب عليها عدة أخرى لأنها أم ولد أعتقت وتداخل العدتان فتجب عليها الإحداد إلى أن تذهب عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الشراء لأنها عدة النكاح ولا يجب عليها فيما بقي من الحيضة الأخرى لأنها عدة أم الولد أعتقت وكذا لو طلقها طلقة بائنة ثم اشتراها ثم أعتقها ولها ولد منه أولا ولد لها منه فإنه تجب عليها العدة بالطلاق ثم يبطل في حقه بالشراء حتى يجوز له وطؤها فإذا زال بالعتق تظهر حتى تجب عليها تمام العدة الأولى لأنه كان واجبا بالطلاق السابق وما قاله زفر فاسد لأنه يستلزم إبطال المقصود من شرعها وهو عدم اشتباه الأنساب فإنه لو كان تزوجها قبل أن تحيض في العدة ثم طلقها من يومه حلت للأزواج من غير عدة عن الطلاق وفي ذلك اشتباه النسب وفساد كثير **قوله** ولهما أن الوطء مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقي أثره هذا القبض بقيام العدة إذ هي أثره فإذا جدد النكاح

وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله عند ابي حنيفة وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة عليها واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن ابي حنيفة انه يجوز نكاحها ولا يطؤها حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا والاول اصح

اواول قيام يقيمانه بعينها القائم مقام ستى ات قبض آخر وكان يجبر والعقد قائما كالغاصب اذا اشترى المغصوب وهو في يده بالغصب ناب ذلك القبض عن التسليم المستانف ولا يتأتى هذا ان يملك الرجعة لان الطلاق الصريح بعد الدخول يعقب الرجعة وهو منتف لانا نقول نحن جعلنا النكاح الثاني قائما مقام النكاح والدخول من كل وجه بل في حق تكميل المهر ووجوب استيناف العدة للاحتياط فلا يلزم منه اقامته مقامه في حق جميع الاحكام والا كان اقامته في حق ترك الاحتياط لان الاحتياط في انقطاع الرجعة لا يقال ان صريح الطلاق بعد الخلوة لا يستعقب الرجعة قائمة مقام الدخول في تكميل المهر ووجوب العدة فعلم بهذا انه لم يلزم من اقامة النكاح مقام الدخول في ذينك الحكمين اقامته مقامه في ترتب الرجعة بصريح الطلاق وهذه احدى المسائل المبنية على هذا الاصل وهو ان الدخول في النكاح الاول دخول في الثاني اولا وثانيها لو تزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوجها صحيحا وهي في العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وثالثها ولو كان على القلب بان تزوجها صحيحا اولا ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوجها في العدة فاسدا لا يجب عليه مهر ولا عليها استقبال العدة ويجب عليها تمام العدة الاولى بالاتفاق والفرق لهما انه لا يتمكن من الوطء في الفاسد فلا يجعل واطئا حكما لعدم الامكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطئا بالخلوة في الفاسد حتى لا يجب عليها العدة فيه ولا عليه المهر ورابعها لو دخل بها في الصحة وطلقها بائنا ثم تزوجها في المرض في عدتها وطلقها بائنا قبل الدخول بل يكون فارا ام لا وخامسها لو تزوجت بغير كفؤ ودخل بها ففرق القاضي بينهما بطلب الولي ثم تزوجها هذا الرجل في العدة بمهر ففرق القاضي بينهما قبل ان يدخل بها كان عليه المهر الثاني كاملا وعدة مستقبلة عندهما استحسانا وعند محمد نصف المهر الثاني وعليها تمام العدة الاولى وسادسها تزوجها صغيرة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة فبلغت فاختارت نفسها قبل الدخول وسابعها تزوجها صغيرة ولم يدخل بها فبلغت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول وثامنها تزوجها ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت ثم اسلمت فتزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها وتاسعها تزوجها ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول وعاشرها تزوج امة ودخل بها ثم اعتقت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة فطلقها قبل الدخول وحادي عشرها تزوج امة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم اعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول **قوله** واذا طلق الذمي الذمية او مات عنها فلا عدة عليها فلو تزوجها مسلم او ذمي في فور طلاقها جاز وهذا اذا كانت لا تجب في معتقدهم بخلاف ما اذا طلقها المسلم او مات عنها فان عليها العدة بالاتفاق لانها حقه ومعتقده **قوله** وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة ليس بقيد بل المعتبر ان تصير بحيث لا يمكن من العود بان تخرج مسلمة او ذمية او مستامنة ثم اسلمت او صارت ذمية لا عدة عليها فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وعنه لا يطأها الزوج حتى يستبرئها بحيضة وعنه لا يتزوجها الا بعد الاستبراء وقالا عليها اي الحربية التي خرجت مهاجرة العدة وعلى الذمية العدة اما الذمية فالخلاف فيها نظير الخلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في النكاح اي الاختلاف المشبه وهو غير المتنازع فيه هنا وهو قوله في باب نكاح اهل الشرك اذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز الخ اورد الكل من الاختلافين بالمهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لمسلمة في دار الاسلام لو حصلت بسبب آخر غير التباين في دار الاسلام كالمطاوعة والموت والطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين وانما قيدنا بالمسلمة لتصحيح خصوص هذا الدليل عليه فهو دليل يخص الخارجة مسلمة ولو لم تكن منها لم تظهر الملازمة عليه لانه قائل بعدم العدة عن طلاق الذمي ذمية اذا كانوا يدينون ذلك **قوله** بخلاف ما اذا هاجر الزوج مسلما او ذميا او مستامنا ثم صار مسلما او ذميا وتركها فانه لا عدة عليها بالاتفاق حتى جاز له ان يتزوج اختها واربعا سواها كما دخل دار الاسلام لعدم تبليغ الاحكام لها في دار الحرب لا لانها غير مخاطبة بالعدة لما قدمنا في باب نكاح اهل الشرك ان حق الآدمي فيها يطلب بها **قوله** وله قوله تعالى ولا

فصل قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة فمذهبنا

ولا جناح عليكم ان تنكحوهن لنبذ قوله تعالى اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات والزيادة على النص لا تجوز بالظني وقوله تعالى يتربصن بانفسهن ثلثة قروء في المطلقات فالحاق التباين بالطلاق قياسا يفيده بها بعد العدة ولا تجوز الزيادة بالقياس هذا والكتابية تحت المسلم تعتد كالمسلمة والخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا يجب معها العدة عند الفرقة كما لا يجب معها المهر لان التسليم لا يجوز لها فلا تقام الخلوة مقام الوطي ولا اشكال في وجوبها بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح واما الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح فان لم يمكن الوطي مع المانع كالحيض والاحرام ونحو ذلك تجب العدة وان لم تجب كمال المهر لان اعتبرنا بعدم الدخول لانها حق الشرع والولد فلا يصدقان في حق ابطال غيرهما وتقدمت هذه في باب المهر ان هذا قول القدوري ومن تبعه ومختار غيرهم وجوب العدة في كل صور الخلوة وعدة المستحاضة لغيرها لانها ترد الى ايامها فان نسيت عادتها فعدتها ثلاثة اشهر وكذا التي لم تحض قط وحيث وجب الاعتداد بالاشهر فاما ان يكون الطلاق او الموت في غرة الشهر او في اثنائه ففي الاول يعتبر ثلاثة اشهر في الطلاق واربعة في الوفاة بالاهلة وفي الثاني قال ابو حنيفة تعتبر الايام تسعين في الطلاق ومائة وعشرين في الوفاة وقال محمد تعتد بقية الشهر بالايام ثم تعتد شهرين بالاهلة وتكمل الشهر الاول من الشهر الثالث بالايام وعن ابي يوسف روايتان

كالقولين آخرهما كقول محمد

فصل — لما ذكر نفس العدة وكيفية وجوبها اخذ بذكر ما يجب فيها على المعتدات فانه في المرتبة الثانية من اصل وجوبها **قوله** وعلى المبتوتة يعني ويجب بسبب التزوج على المبتوتة وهي المبتوت طلاقها فترك ذلك للعلم به لكثرة الاستعمال وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا او واحدة بائنة ابتداء ولا نعلم خلافا في عدم وجوبه على الزوجة بسبب غير الزوج من الاقارب وهل يباح قال محمد في النوادر لا يحل الاحداد لمن مات ابوها او ابنها او اخوها وانما هو في الزوج خاصة قيل اراد بذلك فيما زاد على الثلاث لما في الحديث من اباحته للمسلمات على غير ازواجهن ثلاثة ايام والتقييد بالمبتوتة يفيد نفي وجوبه على الرجعية وينبغي انها لو ارادت ان تحد على قرابة ثلاثة ايام ولها زوج له ان يمنعها لان الزينة حقه حتى كان له ان يضربها على تركها اذا امتنعت وهو يريدها وهذا الاحداد مباح لها لا واجب عليها وبه يفوت حقه **قوله** فلقوله عليه السلام الخ في الصحيحين من حديث زينب بنت ابي سلمة قالت توفي حميم لام حبيبة فدعت بصفرة فمسحت بذراعيها وقالت انما اصنع هذا لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد فوق ثلث الا على زوج اربعة اشهر وعشرا والحميم القرابة وقد روي بلفظ آخر وقع فيه سبب آخر كذا لما توفي ابو ها ابو سفيان وفي لفظ البخاري فيه فوق ثلثة ايام ولا يخفى انه لا دليل فيه على ايجاب الاحداد ولان حاصله استثناء من نفي الحل فيفيد ثبوت الحل الكلام فيه وما قيل من ان نفي حل الاحداد ثم استثنائه استثناء من نفيه فهو اثباته فيصير حاصله الاحداد الا على زوج فانها تحد وذلك يقتضي الوجوب لان الاخبار يفيد ما عرف من ان نفي حل الاحداد وايجاب الزينة فاستثناؤه استثناء من الايجاب فيكون ايجابا لان الاصل ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه غير لازم اذ يمنع كون نفي حل الشئ الحسي نفي له عرفا الوجوب لغة او شرعا ليتضمن الاستثناء الاخبار بوجوده بل نفي له عن الحل ولو سلم فوجود الشئ في الشرع لا يستلزم الوجوب لتحققه بالاباحة والندب ولا وجوب وايضا استثناء الاحداد من ايجاب الزينة حاصله نفي وجوب الزينة وهو معنى حل الاحداد واتحاد الجنس حاصل مع هذا فان المستثنى والمستثنى منه الاحداد ولا يتوقف اتحاد الجنس على صفة الوجوب فيهما فهو كالاول غلطا قال تطير الذين رع وما ما هو ايضا خالفوا فروعن هذا ذهب الشعبي والحسن البصري الى انه لا يجب ولكن يحل ويدل عليه ما اخرج

وقال الشافعي رحمه الله لا حداد على المبتوتة لأنه وجب إظهارا للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها إلى مماته وقد أوحشها بالإبانة فلا تأسف بفوته ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولأنه يجب إظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والإبانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتا قبل الإبانة لا بعدها

أبو داود في مراسيله عن عمرو بن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للمرأة أن تحد على زوجها حتى تنقضي عدتها وعلى من سواه ثلاثة أيام والحق أن الاستدلال بنحو حديث حفصة في صحيح مسلم أنه عليه السلام قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها فإنها تحد عليه أربعة أشهر وعشرا فإن فيه تصريحا بالإخبار ويكون الحديث المذكور للمصنف محكيا بإرادة الإخبار بوجوده فعلها منه بطريق الحمل لظهور إرادته في حديث آخر ولم تحقق أن الأخبار الموجبة للوجوب الإخبار لسد ورالنحل بالنسبة إلى الكشف إلا بالنسبة إلى ثبوته شرعا مثلا إذا قال الحداد تفعله المرأة أفاد الوجوب لا إذا قال تحد أو ثابت شرعا فإنه أعم ومن الأدلة فيه حديث أم عطية في الصحيحين أنه عليه السلام قال لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا إلا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس طيبا إلا إذا طهرت نبذة من قسط أو أظفار فصرح بالنهي في تفصيل معنى ترك الإحداد والنبذة بضم النون القطعة والشيء اليسير والقسط والأظفار نوعان من البخور رخص فيه في الغسل من الحيض في تطييب المحل وإزالة كراهته وحديث أم سلمة في الصحيحين أيضا قالت جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفنكحلها بضم الحاء فقال عليه السلام لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لا ثم قال إنما هي أربعة أشهر وعشر وقد كانت إحداكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول قالت زينب كانت المرأة إذا توفي عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيئا حتى تمر بها سنة ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة أو طائر فتفتض به فقلما تفتض بشيء إلا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمي بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره الحفش بكسر الحاء المهملة ثم فاء ثم شين معجمة البيت الصغير قريب السقف حقير وتفتض بفاء ثم تاء مثناة من فوق مفتوحة قيل أي تكسر ما هي فيه من العدة بطائر ونحوه تمسح به قبلها وتنبذه فلا يكاد يعيش ما تفتض به فهو من فض الله فاه ولا فض الله فاك وقيل الافتضاض الاغتسال بالماء العذب كالفضة فهو منه والأول أحسن قوله وقال الشافعي لا حداد عليها أي على المبتوتة لأنها لإظهار التأسف وهو في الموت لصبره على صحبتها إلى الموت بخلاف إبانته بطلاقها ثلاثا فإنه موحشها وطلقها لأنها غير راغبة فيه لمكان سؤالها قلنا في محل النزاع نص هو ما روي أنه عليه السلام نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ذكره السروجي حديثا واحدا وعزاه للنسائي هكذا ولفظه نهى المعتدة عن الكحل والدهن والخضاب بالحناء وقال الحناء طيب والله أعلم به ولم يجز كونه في بعض كتبه وإنما جعله حديثين حديث الحناء طيب المتقدم وحديث أبي داود عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن مولاة لها عن أم سلمة قالت قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا في عدتي من وفاة أبي سلمة لا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب قلت فبأي شيء أمتشط يا رسول الله قال بالسدر تغلفين به رأسك فالطعن في إسناده لا يفيد المقصود فإن هذه معتدة في وفاة ولو سلم ثبت المطلوب بالقياس على عدة المتوفى عنها زوجها بجامع التأسف على فوات نعمة النكاح وبتقدير تسليم أن عينه الشافعي مناسب معتبر في محل النص وهو المتوفى عنها زوجها لكنه ليس هو المناسب المعتبر على الحصر بل في المحل أيضا إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح التي هي من أسباب النجاة في المعاد والدنيا فإنه مناسب للحكمة المقصودة لفوات الزوج وكون الزينة والطيب من مهيجات شهوة الجماع وهي ممنوعة عن النكاح شرعا في هذه المدة فتمتنع دواعيه دفعا لما يدافع عن أداء الواجب وقد ذكر المصنف هذا المعنى أيضا عند قوله فيه وجهان الخ لكن هنا حيث ذكره على أنه علة أخرى والتحقيق أنه حكمة لأن المنضبط فوات النكاح بخلاف ما هو دواعيه فكل من الأمرين يستقل بالحكم فإذا وجب في محل ثبت فيه

والحداد ويقال الاحداد هما لغتان ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفي الجامع الصغير الا من وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التاسف والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران لانه يفوح منه رائحة الطيب

ذلك الحكم ففي المبتوتة ان فقد التاسف على الزوج فالآخر وهو اظهار التاسف على فوات نعمة النكاح موجود ولو تم ما ذكر من اظهار التاسف مطلقا ليس علة لانه ممنوع منه بقوله تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فلا يكون الاحداد في المتوفى عنها متوطا به لزم ان يكون وجوبها للعدة بالنص او معلولا بالآخر فقط لكن منع بان المراد بقوله تعالى لكيلا تأسوا الآية الاسى مع الصياح الفسخ مع الصياح نقل عن ابن مسعود موقوفا ومرفوعا **قوله** والحداد ويقال الاحداد فمن الاول يقال حدت المراة تحد من باب نصر ومن باب ضرب ايضا حدادا فهو حادة ومن الثاني يقال احدت تحد احدادا فهي محدة **قوله** ان تترك الطيب ولا تحضر عمله ولا تتجر فيه وان لم يكن لها كسب الا فيه **قوله** وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم تقدم **قوله** والدهن لا يعرى عن نوع طيب اما في ذاته او في الدهن به لما فيه من طيب نفسه وزينته وقد وقع للزيلعي مخرج الاحاديث هنا وهم وذلك انه جعل لفظة الدهن عطفا على الاكتحال فقال من المعنى انه عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن فخرج حديث منعه الاكتحال ثم قال واما الدهن فغريب فهو سهو فان الدهن مبتدأ خبره قوله لا يعرى من نوع طيب فالحقه الحاقا **قوله** قال الا من عذر لان فيه ضرورة هذا مذهب جمهور الائمة وذهبت الظاهرية الى انها لا تكتحل ولو من وجع وعذر لما تقدم من الحديث الصحيح حيث نهى نهيا موكدا عن الكحل التي اشتكت عينها والجمهور حملوه على انه لم يتحقق الخوف على عينها ولذا قال المع فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها ذلك بشهادة الكتاب والسنة على ذلك من حيث العمومات وقد جاء في حديث ام حكيم بنت اسيد عن امها ان زوجها توفي وكانت تشتكي عينها فتكتحل بكحل الجلاء فارسلت مولاة لها الى ام سلمة فسألتها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحل منه الا من امر لا بد منه يشتد عليك فتكتحلي بالليل وتمسحيه بالنهار ثم قالت عند ذلك دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفي ابو سلمة وقد جعلت على عيني صبرا فقال ما هذا يا ام سلمة فقالت انما هو صبر يا رسول الله قال انه يشب الوجه فلا تجعليه الا بالليل وانزعيه بالنهار ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب الحديث رواه احمد وغيره لكن امها مجهولة مطلقا وتمتشط باسنان المشط الواسعة لا الضيقة ذكره في المبسوط واطلقه الائمة الثلاثة وقد ورد في الحديث مطلقا وكونه بالضيقة يميل مع الزينة وهي ممنوعة منها وبالواسعة يميل الى دفع الضرر ممنوع بل قد تحتاج لاخراج الهوام الى الضيقة فمتى لم ارادت به معنى الزينة لم يحل واجمعوا على منع الادهان المطيبة واختلفوا في غير المطيبة كالزيت والشيرج الخالصين والسمن فمنعناه نحن والشافعي الا للضرورة لحصول الزينة به واجازه الامامان والظاهرية **قوله** العذر كالحكة والقمل والمرض وقال مالك يباح لها الحرير الاسود والحلي والمعنى المعقول من النص في منع المصبوغ بنفسه وقد صرح بمنع الحلي في الحديث على ما سنذكره ولم يستثن من المصبوغ في الحديث السابق الا المعصب فشمل منع الاسود **قوله** لانه يفوح الخ يفيد انه اذا كان خلقا لا رائحة له يجوز وفي الكافي قال الا اذا لم يكن لها ثوب الا المصبوغ فانه لا بأس به لضرورة ستر العورة لكن لا تقصد الزينة وينبغي تقييده بقدر ما تستحدث ثوبا غيره اما ببيعه والاستخلاف بثمنه او من مالها ان كان لها وروى مالك وابو داود والنسائي عن ام سلمة قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تلبس المتوفى عنها

قال ولا حداد على كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته قال وليس في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد لانهما ما فاتهما نعمة النكاح ليظهر التاسف والاباحة اصل ولا ينبغي ان تخطب المعتدة

زوجها المعصفر من الثياب والمشقة والحلي والاختضاب والكحل بالاثمد فقال ابو داود والمشق المغرة ولا تلبس العصب عندنا واجاز الشافعي رقيقه وغليظه ومنع مالك رقيقه دون غليظه واختلف الحنابلة فيه وفي تفسيره وفي الصحاح العصب ضرب من برود اليمن ينسج ابيض ثم يصبغ بعد ذلك وفي المغني الصحيح انه نبت يصبغ به الثياب ونوقش في الحديث بانها ثياب من اليمن فيها بياض وسواد ويباح لها لبس الاسود عند الائمة الاربعة وجماعة الظاهرية كالاحمر والاخضر **قوله** لا احداد على كافرة لا احداد عندنا على الكافرة والصغيرة والمجنونة خلافا للشافعي ومالك رضي الله عنهما لانه يجب لموت الزوج فيعم النساء كالعدة قلنا يجب الحداد عند فقد الزوج حقا من حقوق الشرع ولهذا لو امرها الزوج تركه لا يجوز لها تركه فلا يخاطب هؤلاء به ولذا اشترط الايمان فيه حيث قال عليه السلام لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الآخر الحديث توهم انما تجب العدة عليهن قلنا العدة قد قال هي كف النفس عن المحرمات الخاصة وهي نفس الحرمات وهي في المدة على ما عنا تحقيقه والى ما الارشد لمن لكل من المفهومين الاخيرين على معنى ان عند البينونة بالموت والطلاق ثبت شرعا عدم صحة نكاحهن الى انقضاء مدة معينة فاذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة قبلها لا يصح شرعا ولا خطاب للعباد فيه تكليفي بل هو من ربط المسببات بالاسباب بخلاف منعها من اللبس والطيب فان فعلها الحسي محكوم بحرمته فلا بد فيه من خطاب التكليف بخلاف الاول فانه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف فلو اكتحلت او لبست المعصفر او اختضبت لا تاثم لعدم التكليف به نعم قد ثبت على الكافرة بالعدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج فان في العدة بهذا المعنى حقا له **قوله** وعلى الامة الحداد يعني اذا كانت منكوحة في الوفاة والطلاق البائن وكذا المدبرة وام الولد والمكاتبة والمستسعاة لثبوت العلة الموجبة لانها مخاطبة بحقوقه تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى وليس في الاحداد فوات حقه في الاستخدام بخلاف المنع من الخروج فانه لو لزمها في العدة فوت ذلك فقلنا لا تمنع من الخروج في مدتها كيلا يفوت حقه في استخدامها وحق العبد مقدم على حق الشرع باذنه لغناه وقال تعالى الا ما اضطررتم اليه فان قيل لو وجب الحداد لعله فوات نعمة النكاح لوجب بعد شراء المنكوحة فالجواب انها لم تفت لقيام الحل والكتابة فانه الامرانه ثبت على وجه احط من الحل الثابت بالعقد باعتبار ثبوت النسب بلا دعوة في العقد بخلاف الملك ولا اثر لهذا القدر من الاحطية فان نعمة النكاح ليس فواتها مؤثر باعتبار ذلك القدر من الخصوصية بل اعتبار فوات ما هو من اسباب صونها وكفاية مؤنتها وهذا القدر لم يفت فلا موجب للحداد ولهذا التقدير يندفع اشكال انه لا يوجب الا فوات هذا الحل من الاعلى ما يقتضيه عنه بالتزام وجوب الاحداد على المشتراة الا انه لم يظهر لكونها حالا حتى لو اعتقها ظهر فانه دعوى بلا دليل عليها بل دليل نفيها انه وجوب لا فائدة فيه لان لها الزينة والطيب بعد شرائها والوجوب يستتبع الفائدة **قوله** وليس في عدة ام الولد اي عن وفاة سيدها او اعتاقه اياها وكذا الموطوءة بشبهة والمنكوحة فاسدا لانهن ما فاتهن نعمة النكاح والاصل الاباحة اي اباحة الزينة وهذا لان بالاعتاق يزول الرق الذي هو اثر الكفر فهو موضع السرور لا الاسف والنكاح الفاسد والموطوءة بشبهة لا يراد وعليه بفوات ملحمية قدم لهم

ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير في القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يسقط به حق عليها وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو البيت الذي تسكنه

للاحداد علة اخرى وهو كون هذه الاشياء دواعي الرغبة وكل منها مستقل بذلك موجودة هنا فينبغي ان تجب الاحداد واجيب بان كونها ممنوعة من النكاح حكم وجوب الاحداد لا علته بل علته فوات نعمة النكاح وهو يدور معه وجودا وعدما كذا قيل وهو بالضعف بحيث في النهاية تلك حكمة لا علة لما ذكرنا من دوران وجوب الاحداد بفوات نعمة النكاح والحكم يدور مع العلة لا الحكم لما عرف في مسئلة الاستبراء **قوله** ولا بأس بالتعريض في الخطبة اراد المتوفى عنها زوجها اذ التعريض لا يجوز في المطلقة بالاجماع فانه لا يجوز لها الخروج من منزلها اصلا فلا يتمكن من التعريض على وجه لا يخفى على الناس ولا فضائه الى عداوة المطلق والتعريض ان يذكر شيئا يدل به على شيء لم يذكره كقول ابن عباس فيما اخرج البخاري عنه قال لا جناح عليكم فيما عرضتم يقول اني اريد التزويج ولوددت انه تيسر لي امراة صالحة وقال القاسم يقول انك علي كريمة واني عليك لراغب وان الله لسائق اليك خيرا او نحو هذا واخرج البيهقي عن سعيد بن جبير الا ان تقولوا قولا معروفا قال يقول اني فيك لراغب واني لارجو ان نجتمع وليس في هذا التصريح بالتزويج والنكاح ونحوه انك لجميلة او صالحة ولا يصرح بنكاحها فلا يقول اني اريد ان انكحك او اتزوجك وسياق الآية لا جناح عليكم فيما عرضتم به اي فيما ذكرتم لهن من الالفاظ الموهمة لارادة نكاحهن او اكننتم اي اضمرتم في انفسكم فلم تنطقوا به تعريضا ولا تصريحا علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا اي نكاحا فلا تقولوا اريد ان اتزوجك وسمي النكاح سرا لانه سبب السر الذي هو الوطء فانه مما يسر وحديث السر النكاح المذكور في الكتاب غريب الا ان تقولوا قولا معروفا استثناء يتعلق بلا تواعدوهن وهو منقطع لان القول المعروف ليس داخلا في السر والاستدلال يتعلق بالمحذوف الذي ابرزنا صورته وهو فاذكروهن والله تعالى اعلم **قوله** وبعض الليل يفهم من التعليل **قوله** وقد يمتد الى ان يهجم الليل قد روي عن محمد المتوفى عنها زوجها لا باس ان تغيب عن بيتها اقل من نصف الليل قال الحلواني هذه الرواية صحيحة لان المحرم عليها البيتوتة في غير منزلها والبيتوتة هي الكينونة في جميع الليل او اكثره في الكافي وقدم قبله ما ينفي اختيار صحتها وهو قوله لان نفقتها عليها او عسى لا يجد من يكفيها مؤنتها فتحتاج الى الخروج لنفقتها غير ان امر المعاش يكون بالنهار عادة دون الليالي فابيح الخروج لها بالنهار دون الليالي انتهى ويعرف من التعليل هنا انها اذا كانت قدر كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها ان تخرج لزيارة ونحوها ليلا ولا نهارا والحاصل ان مدار الحل كون خروجها بسبب قيام شغل المعيشة فيتقدر بقدره فمتى انقضت حاجتها لا يحل لها بعد ذلك صرف الزمان خارج بيتها **قوله** اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الآية اشتملت على نهي الازواج عن اخراجهن غضبا عليهن وكراهة لمساكنتهن او لحاجتهم الى المساكن وعلى نهي المطلقات عن الخروج ونهيهن ابلغ لانه اوقع بلفظ الخبر الا ان ياتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج قال النخعي وبه اخذ ابو حنيفة وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحد عليهن وهو قول ابن مسعود وبه اخذ ابو يوسف وقال ابن عباس الفاحشة نشوزها وان يكون بذية اللسان على احمائها وقول ابن مسعود اظهر من جهة وضع اللفظ لان الا غاية والشيء لا يكون غاية لنفسه وما قال النخعي ابدع واعذب في الكلام كما يقال في الخطابيات لا تزن الا ان تكون فاسقا ولا تشتم امك الا ان تكون قاطع رحم ونحوه وهو بديع بليغ جدا يخرج اظهار عذوبته من غرضنا **قوله** حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل تخرج نهارا لانها قد تحتاج كالمتوفى عنها وقيل لا يباح لها الخروج لانها هي التي ابطلت النفقة فلا يصح هذا الاختيار في ابطال حق عليها وبه كان يفتي الصدر الشهيد وصححه في جامع قاضي خان وهذا كما لو اختلعت على ان لا سكنى لها فان مؤنة السكنى تبطل عن الزوج

ولهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله فان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فاخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار فصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل او كانت فيها باجر ولا تجد ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن او ثلث لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس به لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها وان جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى خروجه

ويلزمها ان تكتري بيت الزوج واما ان يحل لها الخروج فلا والحق ان على المفتي ان ينظر في خصوص الوقائع فان علم في واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة ان لم تخرج افتاها بالحل وان علم قدرتها افتاها بالحرمة **قوله** ولهذا اي لان البيت المضاف اليها هو الذي تسكنه لو زارت اهلها والزوج معها او لا فطلقها كان عليها ان تعود الى منزلها ذلك فتعتد **قوله** وقال عليه السلام تأييدا لاستدلال بالكتاب بان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ثبت على وفق ما قلنا انه مدلول الكتاب وهو ما اخرج اصحاب السنن الاربعة عن سعيد بن اسحق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب عن فريعة بنت مالك بن سنان وهي اخت ابي سعيد الخدري انها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله ان ترجع الى اهلها في بني خدرة وان زوجها خرج في طلب اعبد له ابقوا حتى اذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ارجع الى اهلي فان زوجي لم يترك لي مسكنا يملكه ولا نفقة فقالت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فقالت فانصرفت حتى اذا كنت في الحجرة او في المسجد دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم او امر بي فنوديت له فقال كيف قلت قالت فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي قال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله قالت فاعتددت فيه اربعة اشهر وعشرا قالت فلما كان عثمان ارسل الي فسألني عن ذلك فاخبرته فاتبعه وقضى به انتهى ورواه مالك في الموطأ وابن حبان في صحيحه واخرجه الحاكم عن اسحق بن سعيد بن كعب بن عجرة حدثتني زينب به قال الحاكم هذا حديث صحيح الاسناد من الوجهين جميعا ولم يخرجاه قال محمد بن يحيى الذهلي هو حديث صحيح محفوظ وهما اثنان سعيد بن اسحق وهو اشهرهما واسحق بن سعيد بن كعب وقد روى عنهما جميعا يحيى بن سعيد الانصاري وقد ارتفعت عنهما الجهالة انتهى وقول ابن حزم زينب بنت كعب مجهولة لم يرو حديثها غير سعيد بن اسحق وهو غير مشهور بالعدالة دفعه ابن القطان بان الحديث صحيح فان سعيد بن اسحاق ثقة وممن وثقه النسائي وزينب كذلك ثقة وقال الترمذي حديث حسن صحيح وفي تصحيحه توثيقهما ولا يضر الثقة ان لا يروي عنه الا واحد وقد قال ابن عبد البر انه حديث مشهور فوجب اعتباره والعمل به واما ما روى الدارقطني انه عليه السلام امر المتوفى زوجها عنها ان تعتد حيث شاءت وقال فيه لم يسنده غير ابي مالك النخعي وهو ضعيف وقال ابن القطان محبوب بن محرز ايضا ضعيف وعطاء بن السائب مختلط وابو بكر بن مالك اضعفهم فلذلك علة الدارقطني وذكر الجمع احوط لاحتمال ان يكون الجناية من غيره انتهى كلامه **قوله** وصار كما اذا خافت على متاعها اللصوص الخ اي فتخرج لانه عذر فاذا خرجت الى منزل لعذر صار الثاني كالاول فلا تخرج عنه الا لعذر وتعيين الموضع الذي تنتقل اليه في عدة الطلاق الى الزوج وفي عدة الوفاة اليها لانها مستبدة في امر السكنى حتى ان اجرة المنزل ان كان لا اجر عليها وعليها ان تسكن فيه الا ان تجد الكري وتجد ما هو بالكرى فلها ان تتحول اليه وكذا في الزوج الغائب ولا تخرج المعتدة الى صحن الدار التي فيها منازل الاجانب لانه كالخروج الى السكة ولهذا يقطع السارق باخراج المتاع اليه فان لم يكن في الدار منازل بل بيوت جاز لها الخروج الى صحنها ولا تصير به خارجة من الدار وتبيت في اي بيت شاءت منها **قوله** ثم لا بد من سترة بينهما يعني اذا لم يكن للزوج الا بيت واحد كيلا تقع الخلوة بالاجنبية وكذا ايضا في الوفاة اذا كان ورثته من ليس بمحرم لها ثم لا بأس بالمساكنة بعد اتخاذ الحجاب اكتفاء بالحائل وانما اكتفى به لان الزوج يعتقد الحرمة فلا يقدم على المحرم الا ان يكون فاسقا فتخرج لانه عذر والاولى ان يخرج هو وكذا في كل موضع تحقق عذر في الخروج

وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثا أو مات عنها في غير مصر فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها لأنه ليس ابتداء الخروج معنى بل هو بناء وإن كانت مسيرة ثلاثة أيام إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن معناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضا لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج **قال** إلا أن يكون طلقها أو مات عنها في مصر فإنها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج إن كان لها محرم وهذا عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد رح إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد لهما أن نفس الخروج مباح دفعا لأذى الغربة ووحشة الوحدة وهذا عذر وإنما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم فإن للمرأة أن تخرج إلى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير المحرم ففي العدة أولى

الأولى أن يخرج بها ولعل المراد أنه احتج فيجب الحكم به كما يقال إذا تعارض محرم ومبيح ترجح المحرم أو فالمحرم أولى ويرد ما قلنا وهذا لأنهم عللوا ولوية خروجه بأن كلتها واجب لا مكثه ومتى انتقلت فتعين المكان إليه **قوله** إذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة أو غيرها المقصود إذا سافر بها فطلقها فإما رجعيا أو بائنا ففي الرجعي تتبع زوجها حيث مضى لأن النكاح قائم وإن كان بائنا أو مات عنها وبينها وبين كل من مصرها ومقصدها أقل من السفر فإن شاءت مضت إلى المقصد وإن شاءت رجعت سواء كانت في مصر أولا معها محرم أولا لأنه ليس في ذلك إنشاء السفر وخروج المطلقة والمتوفى عنها زوجها ما دون السفر مباح إذا مست الحاجة إليه بحريم وبغيره إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج كذا في الدراية وإطلاق المصنف يقتضي أنه إذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينها وبين مقصدها سفر أو دونه أما إن كان مدة سفر فظاهر لأن المضي إلى مقصدها سفر والرجوع ليس بسفر وأما إن كان ما دونها فترجع أيضا لأنها كما رجعت تصير مقيمة وإذا مضت تكون مسافرة ما لم تصل إلى المقصد فإذا قدرت على الامتناع عن استدامة السفر في العدة تعين عليها ذلك كذا في النهاية وهو أوجه **قوله** وإذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام فصاعدا فإذا كان دونها إلى المقصد لا تخيير بل يتعين عليها الذهاب إلى المقصد **قوله** إلا أن يكون استثناء من قوله إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت أي في جميع الأحوال إلا في حال يكون طلقها أو مات عنها في مصر فإنها لا تخير بل يتعين عليها أن تعتد فيه عند أبي حنيفة رح سواء كان معها محرم أو لا وحاصل وجوه المسألة إما أن يكون بينها وبين مصرها ومقصدها أقل من السفر فتتخير والأولى الرجوع على ما في الكافي وعلى ما في النهاية وغيرها يتعين الرجوع أو كان أحدهما سفرا والآخر دونه فتختار ما دونه لأنها باختيارها مقابله منشئة سفرا دون اختياره فإن كان كل منهما سفرا فلا يخلو من أن تكون في مفازة أو مصر فإن كانت في مفازة فإن شاءت مضت وإن شاءت رجعت بمحرم أو لا لأن ما يخاف عليها في ذلك المكان أشد مما يخاف عليها في الخروج والأولى أن تختار الرجوع لما قلنا وإن كانت في مصر لم تخرج بغير محرم لأن ما يخاف في السفر بغير محرم أعظم مما يخاف عليها في المصر فكان المكث في المصر أولى بخلاف المفازة فإن كان معها محرم لم تخرج عند أبي حنيفة رح في العدة وقالا تخرج وهو قول أبي حنيفة رح أولا وقوله الآخر أظهر لهما أنها في غير منزلها فلها أن تخرج بمحرم كما لو كانت في غير المصر وهذا لأن أصل الخروج مطلق لها إجماعا لما يلحقها من ضرر الغربة ووحشة الانفراد حتى قلنا لها أن تخرج إلى دون السفر بلا محرم فإذا انتقل معنى السفر بالمحرم بقي مجرد الخروج وهو مطلق لمكان الغربة إذ الغربة يؤذي ويهان فأشبه المفازة وله أن تأثير العدة في المنع من الخروج أقوى من تأثير عدم المحرم في المنع من السفر فالعدة أولى وما دون السفر إنما أبيح مع قيام العدة باعتبار أنه ليس بخروج لأنه بناء على الخروج الأول لا لأن أصل الخروج مباح وهي هنا منشئة للخروج باعتبار السفر فيمتنع ولأن التحريم إذا أثبتنا ولم يسقط بالمحرم لأنه لا ترتفع حرمة الخروج باعتبار السفر فسأله التحريم بسبب العدة وفي الينابيع لو كانت الجهتان مدة سفر فمضت أو رجعت وبلغت أدنى المواضع التي تصلح للإقامة أقامت فيه واعتدت إن لم تجد محرما بالاتفاق وكذا إن وجدت عند أبي حنيفة رح ومثله في المحيط وفيه البدوي طلق امرأته فأراد نقلها إلى مكان آخر في الكلأ والماء فإن لم تتضرر بتركها في ذلك الموضع في نفسها ومالها ليس له ذلك فإن تضررت فله ذلك إذ الضرورات تبيح المحظورات والله تعالى أعلم

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها
لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بان
تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطيا حكما فتأكد المهر به

باب ثبوت النسب اعقبه العدة لان ما وجبت له العدة تعرف حال الرحم من الحمل فيثبت نسبه وتثبت مواجبه وعدمه
فيتفرع كل من الآخر في الحال التي هي حال عدم معرفة الحمل على وجه الاحتياط وذلك عند تمام العدة **قوله** ومن قال ان
تزوجت فلانة او امرأة فهي طالق فتزوجها فجاءت بولد لستة اشهر من يوم تزوجها لا اقل ولا اكثر فهو ابنه وعليه المهر يريد من وقت
تزوجها لانه قرن اليوم بفعل لا يمتد وقد نبه المصنف على هذه الارادة لانه لما علل ثبوت نسبه بانها فراشه قال في اثبات كونها فراشا
لانها لما جاءت به لستة اشهر من وقت النكاح ولم يقل من يوم النكاح فافاد ان المراد بلفظ اليوم الوقت وهذا لان الطلاق
جزاء الشرط فيتأخر عنه بزمان وان لطف كما قيل لانه لا يتخلل بينهما ان يقال بل اول آنات تعقب وجود الشرط يثبت فيه الجزاء
من غير افتقار الى تحقق زمان يسع التلفظ بانت طالق كما يقتضيه نفي الطلاق لانه ثبوت حكمي واذن فيكون العلوق مقارنا للنكاح
فيثبت النسب وتصور العلوق مقارنا للنكاح ثابت بان تزوجها وهو يخالطها وطيا وسمع الناس كلامهما فوافق الانزال النكاح والاحسن
تجويزا منها وكلا به فباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الانزال وحاصله ان الثبوت يتوقف على الفراش وهو ثبت مقارنا للنكاح
المقارن للعلوق فتعلق وهي فراش فيثبت نسبه وقد يقال الفراشية اثر النكاح اعني العقد فيتعقبه فيلزم سبق العلوق على الفراش
نعم اذا فسر الفراش بالعقد كما حكي عن الكرخي وهو يخالف تفسيرهم السابق له في فصل المحرمات بكون المرأة بحيث يثبت نسب الولد منها
اذا جاءت به فان هذا الكون انما يثبت بعد العقد الا ان قلنا ان العلة مع المعلول في الخارج وكلامهم ليس عليه وتقرير قاضي خان
ان العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارنا للطلاق قبل الدخول فيكون حاصلا قبل زوال الفراش فيثبت النسب يعني ان زوال الفراش
بعد الطلاق قبل الدخول لا معه لان زواله اثره ولا يقال مقتضاه ان يكون جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت النكاح اذ لا بد
من كون مدة الحمل ستة اشهر وقد عينوا الثبوت نسبا ان لا يكون اكثر من ستة اشهر من النكاح ولا اقل لانا نقول انما لم يعتبر في الاقل
لان العلوق صح من زوج قبل النكاح واما في الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق وهو منتف هنا لانه لم يزد على ما بعد الطلاق بما يسع
وطيا بالفرض فيجب استثناء هذا القدر ويجب تقديره كذلك ولا يخفى ان يتمم النسب فيما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر في مدة يتصور
ان يكون منه وجوستان ولا موجب للفرق منتفيا في الاحتياط في اثباته والاحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما اذا جاءت به
لستة اشهر ويوم في غاية البعد فان العادة المستمرة كون الحمل اكثر منها وربما يمضي دهر لم يسمع فيها ولادة لستة اشهر فكان الظاهر
عدم حدوثه وحدوثه احتمال فاي احتياط في اثبات النسب اذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه وتركنا ظاهرا يقتضي ثبوته وليت
شعري اي الاحتمالين ابعد الاحتمال اي الاحتمال الذي فرضوه لتصور العلوق منه ليثبت النسب وهو كونه تزوجها وهو يطأها وسمع كلامها الناس
وهما على تلك الحالة ثم وافق الانزال العقد او احتمال كون الحمل اذا زاد على ستة اشهر بيوم يكون من غيره والاستبعاد هذا الفرض
قال بعض المشائخ لا يحتاج الى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ولا يعتبر امكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج
المشرقي بمغربية والحق ان التصور شرط ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات
الاولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة او جني وامالزوم المهر كاملا فلانه لثبوت النسب منه جعل واطيا حكما فعليه المهر

قال ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز ان تكون ممتدة الطهر وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا

وما قيل لا يلزم من ثبوت النسب منه وطؤه لان الحبل قد يكون بادخال الماء الفرج دون جماع فنادر والوجه الظاهر هو المعتاد وفي النهاية وفي القياس وهو رواية ابي يوسف مهر ونصف اما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فللدخول انتهى وعبارة ابي يوسف في الامالي على ما نقله الفقيه ابو الليث ينبغي في القياس ان يجب على الزوج مهر ونصف لانه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول قال الا ان ابا حنيفة استحسن وقال لا يجب الا مهر واحد لانا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتأكد بذلك الصداق وشبه وجوب الزيادة انتهى وهذه العبارة للمتأمل لا توجب قوله بلزوم مهر ونصف بل ظاهرها نفيه وذلك لان الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك فانما اشتبه وجوب الزيادة لانها مبنية على وقوع الطلاق قبل الدخول ولا يحكم بذلك والا لم يثبت النسب لان الوطء حينئذ في غير عصمة ولا عدة بل يحكم بانه مقارن له او للنكاح فاقل الامر كونه قبله او لا شبهة ذلك وصميره في قوله فتأكد المهر به لثبوت النسب اعلم انه اذا كان الاصح في ثبوت هذا النسب امكان الدخول وتصوره ليس الا بان ذكر من تزوجها حال وطئها المبتدأ به قبيل النزع وقد حكم فيه بمهر واحد في صريح الرواية يلزم كون ما ذكر مطلقا ومنسوبا وقد مناه في باب المهر من انه لو تزوجها حال ما يطؤها عليه مهران مهر بالزنا لسقوط الحد بالتزوج قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا اكثر من الخلوة ولا يصير به محصنا مشكل لمخالفته لصريح المذهب وايضا الفعل واحد وقد اتصف بشبهة الحل فيجب مهر واحد به بخلاف ما لو قال ان تزوجتها فهي طالق ثلثا فتزوجها وهو يطؤها حيث يجب مهر ونصف لان الطلاق قبل الوطء اما هنا الطلاق مع الوطء الحلال في فعل متحد صحت فصار الفعل كله له شبهة الحل وقد وجب المهر فلا يجب غيره وفي شرح ابي اليسر قال ان تزوجتها فهي طالق ثلثا فتزوجها ودخل بها ينبغي ان لا يجب عليها الحد ويجب مهر المثل وقال لا يجب عليها قال وقد كنت افتيت بالوجوب على الحالف وهو الظاهر من مذهب اصحابنا ثم مال اليه لم يكن مخطئا ولو جاءت بولد ورثته منصوص عن اصحابنا وان حرمت عليه بالثلث لعدم بقاء النكاح ولا عدة لكن لما كان فعلا مجتهدا فيه لم ينقطع النسب قوله ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ولو عشرين سنة او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها فان اقرت بانقضائها والمدة تحتمله بان تكون ستين يوما على قول ابي حنيفة وتسعة وثلاثين يوما على قولهما ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه الا اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فانه يثبت نسبه للتيقن بقيام الحمل وقت الاقرار فيظهر كذبها وكذا هذا في المطلقة البائنة والمتوفى عنها اذا ادعت بعد الاربعة اشهر وعشر انقضاءها ثم جاءت بولد لتمام ستة اشهر لا يثبت نسبه من الميت وان جاءت به لاقل منها ثبت نسبه منه اما ثبوت نسب ولد الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين فظاهر واما ثبوته اذا جاءت به لاكثر منهما فلاحتمال العلوق في عدة الرجعي لانتفاء الحكم بالزنا او بوطئها بشبهة بجواز كونها ممتدة الطهر فان امتد الى اقبل سنتين حيث جامعها به او اقل ثم وطئها فحبلت وعن هذا حكمنا بانها اذا جاءت به لاكثر من سنتين تكون زوجته بالرجعة الكائنة بالوطء في العدة بالطلقة الرجعية بخلاف ما اذا جاءت به لاقل من سنتين لا تثبت رجعتها فان العلوق يحتمل انه كان في العصمة كما يحتمل انه كان في العدة واضافة الحادث الى اقرب الاوقات اذا لم يتيسر فيه ظاهر والظاهر الوطء في العصمة لا العدة لانه هو المعتاد وما قضت به العادة ارجح من اضافة الحادث الى الظن القريب مع ما فيه من مخالفة السنة في الرجعة ومخالفة العادة ايضا فغايته معتاد والناس في الرجعة ان يراجعوا باللفظ فان قيل هنا احتمال آخر وهو انها تزوجت وجاءت به من الزوج الآخر قلنا الغرض انها لم تكن اقرت بانقضاء العدة وبالم تقر بذلك ولم يظهر تزوجها فان ظاهر انها في العدة ولان فيه انشاء

والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا فاذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطأها حرام الا ان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة في العدة

نكاح وابقاء الاول اسهل واخف **قوله** والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يجوز كون الحمل كان قبل الطلاق فيثبت النسب فاذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت نسبه لتيقن العلوق بعد البينونة هذا وقيل ان هذه الرواية تخالف رواية الايضاح وشرح الطحاوي والاقطع والرواية التي تجيء بعد هذا في الكتاب ايضا وهي قوله واكثر مدة الحمل سنتان فان فيها الحقت السنتان باقل من السنتين حتى اثبتوا النسب اذا جاءت به لتمام سنتين وان لفظ الحديث يؤيد صحة تلك الروايات اما قولها ان لفظ الحديث اي فليس بصحيح لان حاصله انه لا يمكث الولد في البطن اكثر من سنتين وهذا لا يقتضي انها اذا جاءت به لتمام سنتين من الطلاق ان يثبت نسبه الا اذا كان العلوق حال قيام الفراش والوجه ان يحمل على تقريره فاتضح ان المتقدم من انه يجعل العلوق في حال الطلاق لانه قبل زواله بالفراش **قوله** الا ان يدعيه استثناء من قوله لم يثبت نسبه وهو مفرغ لمتعلق اي لم يثبت في حال الا في الحال التي هي دعواه لانه التزمه وله وجه وهو كون وطئها بشبهة في العدة وهل يشترط تصديق المرأة فيه روايتان والاوجه انه لا يشترط لانه ممكن منه وقد ادعاه ولا معارض له ولذا لم يذكر الاشتراط في رواية الامام السرخسي في المبسوط والبيهقي في الشامل وذلك ظاهر في ضعفها وغرابتها واعترض بان هذه مناقضة لما في كتاب الحدود من ان النسب لا يثبت من المبانة في الوطء في العدة ونص في الشامل ان المبتوتة بالثلاث اذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة الفعل وفيها لا يثبت النسب وان ادعاه نص عليه في كتاب الحدود والجواب يحمل المذكور هناك على المطلقة ثلاثا والمطلقة على مال ويحمل المذكور هنا على المبتوتة بالكنايات فيندفع التناقض وليس بشيء لان المراد من المذكور هناك اذا لم يدع شبهة والمذكور هنا محمول على كونه وطئها بشبهة والمعتدة من ثلاث لا تكون ابعد من الاجنبية بالكلية والنسب يثبت بوطئها بشبهة فكيف بالمعتدة ويجب الجمع مثلا بان يقال ينبغي ان يصرح بدعوى الشبهة المعتبرة غير مجرد شبهة الفعل وان المذكور في الحدود عدم ثبوت النسب اذا وطئ المطلقة ثلاثا اذا جاءت مطلقا فيثبت عنده فيجب ان لا يقتصر عنه الا اذا ادعى الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل والمذكور في الكتاب لم يشترط ذلك بل افاد ثبوت نسبه بمجرد دعواه غير ان توجيه ذلك امكان صحته بكون الوطء بشبهة والوجه انه لا يشترط غير دعواه لانه لم يشترط في الكتاب سواه ثم يحمل على ثبوت الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل ثم اذا لم يثبت نسبه فيما اذا جاءت به لاكثر من سنتين يحكم بانقضاء عدتها قبل ولادتها بستة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وهو رواية بشر عن ابي يوسف فيجب ان ترد نفقة ستة وقال ابو يوسف لا تنقضي الا بوضع الحمل وقد ذكرناه ولا يلزمها رد شيء لما نقل من غيره والظاهر انه من نكاح صحيح دون الزنا والوطء بالشبهة واقل مدة الحمل ستة اشهر فحكمنا بانقضاء العدة من ذلك الوقت ومن اخذت ما لا تستحقه لانها منقضية العدة فترده وابو يوسف يقول هي في العدة ولذا لا تتزوج بغيره قبل وضعه فلانها وطئت بشبهة ولو جاءت المبتوتة بولدين احدهما لاقل من سنتين والاخر لاكثر من سنتين يثبت نسبهما عند ابي حنيفة وابي يوسف اعتبارا بمن باع جارية فجاءت بولدين احدهما لاقل من ستة اشهر والاخر لاكثر فادعاهما البائع يثبت نسبهما وينقض البيع وعند محمد لا يثبت لان الثاني من علوق حادث بعد الابانة فيتبعه الاول لانهما توأمان قيل هو الصواب وليس ولد الجارية نظيره لان الولد الثاني يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه بخلاف الولد الثاني في المبتوتة ولو خرج بعضه لاقل من سنتين وباقيه لاكثر من السنتين لا يلزمه حتى يكون الخارج لاقل من سنتين نصف بدنه او يخرج من قبل الرجلين اكثر البدن لاقل والباقي ذكره محمد في

فان كانت المعتدة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة اشهر وعند ابي يوسف يثبت نسبه الى سنتين لانها معتدة
يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف
والاقرار يحتمله [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] الا ان تقول لانقضاء بها حجة

[illegible]
لانه علم كذبها بيقين [illegible] بطلان الاقرار لاحتمال الحدوث [illegible] اللفظ [illegible] يتناول كل معتدة

شرح المسألة تزوج امة ودخل بها ثم طلقها واحدة يلزمه ولدها ان جاءت به لاقل من ستة اشهر ولا يلزمه ان جاءت به لستة اشهر فصاعدا لانه ولد النكاح في الاول وفي الثاني يضاف الى ملك اليمين لان وطأها حلال ولا يلزمه الا بالدعوى ولا فرق بين ان تكون الطلقة بائنة او رجعية وان طلقها ثنتين يثبت نسبه الى سنتين لان وطأها لا يحل بملك اليمين فكان الولد من النكاح ولا يخفى ان معنى المسألة طلقها ثم ملكها والا لم يتصور وطؤها بملك اليمين واعلم ان ثبوت النسب فيما ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبائنة متقيد باحد امور ان كان هناك الشهادة بالولادة او اعتراف من الزوج بالحبل او حبل ظاهر كما سيجيء من قريب **قوله** فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها الخ قيل هو مستدرك لان الحبل دليل على انها يجامع مثلها ومنعه بعض الشارحين لانه ان كان باعتبار ان الحبل لا يكون بلا جماع فلا شك انه لا يكون الا بالبلوغ وبعيد ان لا تحبل البالغة بالجماع وحاصل المسألة ان الصغيرة اذا طلقت اما قبل الدخول او بعده فان كان قبله فجاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه للتيقن بقيامه قبل الطلاق فان جاءت به لاكثر من ستة اشهر لا يثبت لان الفرض ان لا عدة عليها وما جاءت به لا يستلزم كونه قبل الطلاق فيلزم العدة بناء على الحكم بالدخول للحكم بالعلوق قبل الطلاق وان طلقها بعد الدخول فاما ان اقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة اشهر او لم تقر فان اقرت ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ثبت نسبه وان جاءت به لستة اشهر او اكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة باقرارها وما جاءت به لا يلزم كونه قبلها لتيقن كذبها وان لم تقر بانقضائها ولم تدع حبلا فعند ابي حنيفة ومحمد ان جاءت به لاقل من تسعة اشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه والا فلا وعند ابي يوسف يثبت الى سنتين في الطلاق البائن والى سبعة وعشرين شهرا في الرجعي لاحتمال انه وطئها في آخر عدتها الثلاثة الاشهر فعلقت سنتين وان كانت ادعت حبلا فكالكبيرة من حيث انها لا تقتصر انقضاء عدتها على اقل من تسعة اشهر مطلقا فان الكبيرة يثبت نسب ولدها في الطلاق الرجعي لاكثر من سنتين وان طال الى سن الاياس لجواز امتداد طهرها ووطئه اياها في آخر الطهر وجه قول ابي يوسف انها تحتمل كونها حاملا لفرض انها في سن يجوز فيه بلوغها اذ فرض المسألة ولم تقر بانقضاء عدتها فاشبهت الكبيرة في احتمال حدوث العلوق ساعة فساعة فيثبت نسب ما تأتي به الى سنتين واعلم ان قياس ما قدمه في الكبيرة المبتوتة من انها اذا جاءت به لتمام سنتين لا يثبت ان يقال الى اقل من سنتين هنا وجه قولهما وهو الفرق ان لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة في الشرع فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها بالانقضاء لانه لا يحتمل الخلف وعدم المطابقة بخلاف اقرارها فغايته الامر ان يجعل انقضاؤها بمنزلة اقرارها ولو اقرت بالانقضاء بعد الاشهر الثلاثة ثم جاءت به لاقل من ستة اشهر او لستة لا يثبت فكذلك هنا ان لا يثبت حتى تأتي به لاقل من تسعة اشهر اما اذا كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها كالكبيرة فيها لان باقرارها بالحبل يحكم ببلوغها **قوله** ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه وان لستة اشهر لا يثبت فوجهه كوجهه في الصغيرة وهو ان لعدتها جهة واحدة هي انقضاء اربعة اشهر وعشر فاذا لم تقر قبلها بالحبل فقد حكم الشرع بانقضائها فاذا جاءت بالولد بعدها لتمام ستة اشهر او اكثر لا يثبت نسبه بخلاف ما اذا جاءت به لاقل على ما عرف ويمنع تعيين الجهة في حقها بل لها كل من الجهتين بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لتستمر حالما لم تعترف بالحمل **قوله** واذا اعترفت [illegible] ظاهر وتقدمت غير مرة

وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة لأن الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة إلى تعيين الولد أنه منها فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولأبي حنيفة رحمه الله أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما إذا كان ظهر الحبل أو صدر الاعتراف من الزوج لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم أما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا إذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة وقيل لا تشترط لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم بإقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط

وإنما لم يثبت إذا أتت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الإقرار وإن كانت المدة تحتمل كون الحمل من الزوج لأنه أمكن إثبات فساد في إخبارها عن هذا فإذا أخبرت لزم أن يتحقق الخلاف قطعا وقوله وهذا اللفظ يتناول بإطلاقه كل معتدة بعدم التفصيل في المعتدة عن طلاق ووفاة ومما يشمل أيضا الآيسة إذا ولدت بعد الرجعي والبائن في كذات الأقراء يثبت نسب ما تأتي به لأقل من سنتين في البائن ولأكثر منها في الرجعي ما لم تقر بانقضاء العدة فإن أقرت بالانقضاء بما يعتبر بثلاثة أشهر ومطلقا في سن يصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت النسب وإلا فلا لأن مطلق الإقرار بالحمل في الإقرار إنما يحمل على الآيس هذا والمنصوص عليه في فتاوى قاضي خان أن الآيسة تعتد بالأشهر إذا ولدت يثبت نسب ولدها في الطلاق إلى سنتين أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر وكذا نقل عن المرغيناني **قوله** وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن تشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان أو يعلم اعتراف من الزوج بالولادة أو يكون الحبل ظاهرا فيثبت النسب بلا شهادة وإطلاق المعتدة يشمل المعتدة عن وفاة وعن طلاق بائن أو رجعي فيوافق تصريح قاضي خان وفخر الإسلام بجريان الخلاف في الرجعي وشمس الأئمة قيد صورة المسألة بأن يكون الطلاق بائنا فقال لو أن رجلا طلق امرأته ثلاثا أو تطليقة بائنة ثم جاءت بولد لبعد الطلاق بسنتين أو أقل وشهدت امرأة على الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل ولم يقر به لم يثبت النسب في قول أبي حنيفة ما لم يشهد رجلان أو رجل وامرأتان ونحوه قول صاحب المختلف حيث قال شهادة القابلة على الولادة لا تقبل إلا مؤيدة إلى قوله حتى إن المعتدة عن وفاة إذا كذبها الورثة في الولادة وفي الطلاق البائن إذا كذبها الزوج إلى آخر ما ذكره واتفقوا على تقييد إنكار الزوج وكذا لو وقع إنكار الولادة أو الحبل من الورثة فعندهما يثبت بشهادة امرأة حرة عدلة ويرث بذلك ويشترط لفظة الشهادة على قولهما عند مشايخ خراسان لأنها حجة قامت على الغير ولا يشترط عند العراقيين قياسا على العدد وقوله في جميع ذلك أي فيما إذا كان حبل ظاهر أو لا أو اعتراف من الزوج أو لا وهل تقبل شهادة رجل واحد عندهما قيل نعم ولا فسق كما لو شهد رجلان أو رجل وامرأتان وفي جامع قاضي خان وعلى هذا الخلاف كما لا يطلع عليه الرجال وأجمع علماؤنا على أنه يقضى بالنسب بشهادة الواحدة عند قيام النكاح وحقيقة الحال أنه يثبت تعيين الولد بهذه الشهادة والنسب بقيام الفراش وإذا تقرر أن النكاح بعد الرجعي قائم من كل وجه يجيء تخصيصا لخلاف بالبائن كما تقدم ويكون الرجعي كالعصمة القائمة حتى حل الوطء ودواعيه والخلاف إنما هو فيما بعد الموت وبالطلاق البائن ولهما ما قال أحمد وعند الشافعي يشترط أربع نسوة عدول وعند مالك وابن أبي ليلى امرأتان وجه قولهما أن الفراش قائم بقيام العدة وهو أي الفراش ملزم للنسب فيما تأتي به كما قبل الطلاق والحاجة إلى شهادة المرأة لتعيين الولد فيتعين بشهادتها على الولادة كما قبل الطلاق فقد أقر الحكم على هذا التقدير فيثبت النسب والجامع قيام الفراش وله أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل فصارت أجنبية والفراش المنقضي ليس بحجة فلم يصلح مؤيدا للحجة الضعيفة أعني شهادة المرأة الواحدة فكانت الحاجة ماسة إلى إثبات النسب ابتداء وذلك بكمال النصاب على ولادتها المتصلة لفراشها المستلزم ثبوت النسب لكنه نافى وقت يلزم فيه ثبوت النسب شرعا بخلاف ما إذا كان الحبل ظاهرا قبل دعواها وصدر الاعتراف به من الزوج أو كان الفراش قائما وقت دعواها الولادة لأن النسب ثابت قبل الولادة لما في البطن وقيام الحمل ظاهرا أو اعترافا وكذا

وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم تزوجها لم يثبت نسبه لأن العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وإن جاءت
لستة أشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت لأن الفراش قائم والمدة تامة فإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى
لو نفاه الزوج يلاعن لأن النسب يثبت بالفراش القائم واللعان إنما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فإنه يصح بدونه

يوجب شهادة القابلة به وقولهما لا يطلع عليه الرجال ممنوع بل يطلع عليه فيما إذا دخلت المرأة بحضرتهم بيتا يعلمون أنه ليس فيه غيرها ثم خرجت
مع الولد فيعلمون أنها ولدته وفيما إذا لم تتم به النظر لوقع اتفاقا وبهذا يندفع ما قدا ورد من أن شهادة الرجال تستلزم فسقهم فلا تقبل والحاصل
أن حقيقة محل الخلاف أن شهادة المرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالولادة ونحوها هل تكفي للإثبات أو لا بد من أن تتأيد بمؤيد فالوجه
أن يحمل الاستدلال عليه ولما فيه قوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه فإنه يتناول الواحدة لأنه جنس وأما الوجه الذي
ذكراه وختامه بالقياس الفارق بينه وبين المقيس عليه من حال قيام الفراش وهو يدفع بأنه لا يلزم من جوازها مع مؤيد جوازها بدونه ويبقى عليه
إطلاق الحديث والمعروف منه ما رواه ابن أبي شيبة عن الزهري مرسلا مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات
النساء وعيوبهن وتجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال وامرأتان فيما سوى ذلك وهذا حجة لأنه مرسل وإنما قلنا لأنه مرسل لأن قول الراوي
مضت السنة إنما يكون حكمه الرفع إذا كان صحابيا وهو هنا ليس صحابيا وحديث الدارقطني عن محمد بن عبد الملك الواسطي عن الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة
أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة وإن كان بين عبد الملك والأعمش رجل مجهول وهو أبو عبد الرحمن المدائني فقد نطا فرادوه
ما هو حجة به ولو كانت معتدة عن وفاة فادعت الولادة فصدقها الورثة كلهم ولم يشهد بها أحد فهو ابن الميت في قولهم جميعا وهذا في حق الإرث
ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه أما في حق ثبوت النسب من الميت ليظهر في حق الناس كافة قالوا إذا كانوا أي الورثة من أهل الشهادة
بأن يكونوا ذكورا أو ذكورا مع إناث وهم عدول ثبت لقيام الحجة فيشارك المقرين منهم والمنكرين فيطالب غريم الميت بدينه وعن هذا
قيل يشترط لفظة الشهادة أي في مجلس الحكم من الورثة لقيام الحجة وقيل لا يشترط وهو الصحيح لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم
ولا يراعى للتبع شرائط إذا ثبت أصالة فعلى هذا لو لم يكونوا من أهل الشهادة لا يثبت النسب إلا في حق المقرين منهم والله أعلم **قوله**
وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر فلزم كونه من علوق
قبل النكاح وإن جاءت به لأكثر منها ثبت ولا إشكال سواء اعترف به الزوج أو سكت وكذا إذا جاءت به لتمام الستة بلا زيادة لاحتمال أنه
تزوجها والحال أنه يوافق الإنزال النكاح والنسب يحتاط في إثباته وهذا من السر خلاف ما تقدم في المبتوتة حيث نفي نسب ما أتت به لتمام ستتين
مع تصحيحه بما قدمناه من كونه طلقها حال جماعها فصادف الإنزال الطلاق وأجيب عن المعم بأن ثبوت النسب هنا لا هناك
لحمل أمرها على الصلاح إذ لو لم يثبت هنا لزم كونه من زنا أو من زوج فتزوجت وهي في العدة وأما عدم الثبوت هناك للشك فلا يستلزم نفيه
نسبته فسادا لجواز كون عدتها انقضت وتزوجت بزوج آخر فعلقت منه وحاصل هذا رفع المانع من عدم الثبوت هناك وليس بجواب
أصلا لأن معنى السؤال وجد المقتضي وهو الإمكان بالطريق الذي ذكرناه مع وجوب الاحتياط فكان يجب أن يثبت النسب كما ثبت
هنا وأنت علمت أن الوجه ثبوت النسب فيه لوجود المقتضي وهو الإمكان مع الاحتياط **قوله** فإن جحد الولادة يعني فيما إذا جاءت
به لستة أشهر فصاعدا ثبت بشهادة امرأة واحدة اتفاقا أما عندهما فظاهر وعنده لتأيدها بقيام الفراش حتى لو نفاه بعد شهادتها
لاعن ولا يكون نفيا للعان لزم بشهادة الواحدة ليلزم أنه قائم مقام الحد والحد لا يثبت بشهادة امرأة واحدة فيجب أن لا يجب اللعان
هنا وإنما لزم خطأ أبي حنيفة حيث لم يثبت به النسب وأثبت به اللعان بل اللعان إنما وجب بالقذف الثابت في ضمن نفي الولد لا بنفي الولد حيث

فإن ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة أشهر وقالت هي منذ ستة أشهر فالقول قولها وهو ابنه لأن الظاهر شاهد لها فإنها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف وإن قال لامرأته إذا ولدت ولدا فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تطلق لأن الشهادة حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه ولأنها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولأبي حنيفة أنها ادعت الحنث فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لأنه ينفك عنها ولو كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة وعندهما تشترط شهادة القابلة لأنه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه وهو الولادة ولأنه أقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الأمانة **قال** وأكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل

به نفيه فإنه ليس من ضرورة لزومه وجود الولد أصلا فضلا عن نفيه لجواز ثبوته بدونه وإن اتفق هنا وقوعه في ضمن النفي **قوله** فإن ولدت ثم اختلفا فقال تزوجتك لأربعة أشهر وقالت لستة فالقول لها لأن الظاهر شاهد لها وهو أنه والدين لنكاح لا من سفاح ولا من تزوج تزوجت بهذا الزوج في عدته وهو مقدم على الظاهر الذي يشهد له وهو إضافة الحادث وهو النكاح هنا إلى أقرب الأوقات لأنه إذا تعارض ظاهران في ثبوت نسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه حتى إنه يثبت بالإيماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات مع أن ظاهرها مساو لظاهره وهو عدم مباشرة النكاح الفاسد إن كان الولد من زوج أو حبل من زنا وإن صح على الخلاف فيه لم تحرم عليه بهذا النفي لأنه لا يلزم منه نكاحها حالا لإثبات النسب ليكون إقرارا بالفساد كما إذا تزوجها بلا شهود وتجويزه ذو وهي حامل من زنا فإنه يصح على الصحيح ولأن الشرع كذبه حيث أثبت النسب والشرع إذا كذب إلى إقرار بطل **قوله** ولم يذكر أي محمد الاستحلاف أي استحلافها وهو على الخلاف المعروف في الأشياء الستة فعندهما تستحلف وعنده لا تستحلف لأن الخلاف واقع في النكاح والنسب **قوله** ومن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة والزوج ينكرها ولم يكن حبلها ظاهرا ولا أقر به لم تطلق عند أبي حنيفة ولكن يثبت النسب وقالا تطلق أيضا لأن شهادتها حجة في ذلك أي في ثبوت ذلك وتمامه الحديث السابق وإذا كانت حجة مقبول فيها تقبل فيما ينبني عليها وهو الطلاق المعلق به وبهذا التقرير يتبين أن قوله ولأنها لما قبلت في الولادة الخ ليس وجها آخر بل هو تمام الوجه الأول وصار كثبوت الأمومية بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة فيما إذا قال إن كان بأمتي هذه حمل فهو مني فولدت لعد هذا القول لأقل من ستة أشهر فأنكر ولادتها فشهدت به امرأة وكثبوت اللعان بناء على ثبوت النسب فيما إذا جاءت زوجته بولد فقال ليس مني ولا أدري أولدتيه أو لا فشهدت بالولادة امرأة فإنه يجب اللعان إلا أن يكون الزوج عبدا أو حرا محدودا في القذف ولأبي حنيفة أنها ادعت الحنث وزوال ملكه الثابت فلا بد من حجة تامة وشهادة المرأة الواحدة ليست حجة كذلك إلا في موضع الضرورة فهو الولادة ولازمه المختص به فيثبت فيها وثبت النسب وأمومية الولد لأنه حكمه اللازم شرعا أما اللعان فإنما يجب بالقذف وإن اتفق أنه وقع في ضمن نفي الولد كما قلنا وأما وقوع الطلاق والعتاق فليس حكما مختصا به فلا يثبت عند هذه الشهادة كمن اشترى لحما فأخبره مسلم أنه ذبيحة مجوسي قبل في الحرمة ولا يثبت تنجس المنافع وكقوله إذا حضت فأنت طالق وفلانة فقالت حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة وهما حكمان مقترنان ولكن جعل هذا إشكالا على أبي حنيفة فإن طلاقها عين زوال ملكه وهو ليس لازما شرعيا للحيض بل لازمه الشرعي حرمة قربانها فقد ثبت بقولها لازمه الشرعي ولازمه المحل المنفك وهو خاتمة دليل الفرق ولو كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت بلا شهادة عند أبي حنيفة وعندهما تشترط شهادة القابلة لأنه لا بد من الحجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه وهو الولادة للعلم بأن الحبل لا بد وأن تلده ولأنه أقر بأنها مؤتمنة في أخبارها بالولادة حيث أقر بأنها حامل فيقبل قولها في رد الأمانة كما إذا علق بحيضها فقالت حضت فإذا ظهر الفرق الدافع للإشكال المذكور وهو أن التعليق إن كان بما هو معلوم الوقوع بعده وعلمه من جهتها كالتعليق بحيضها وبولادتها بعد أن يجعلها أو بظهور حبلها كان التزاما لتصديقها عند إخبارها به واعترافا بأنها مؤتمنة وإن لم يكن كذلك وهو التعليق بولادتها قبل الاعتراف بحبلها ابتداء ولا ظهور حبل حال التعليق لم يستلزم ذلك فيحتاج عند الإنكار إلى الحجة **قوله** وأكثر مدة الحمل سنتان

وأكثره سنتان لقوله عليه السلام الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل وأقله ستة أشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة أشهر والشافعي يقدر الأكثر بأربع سنين

والحجة عليه ما رويناه والظاهر أنها قالته سماعا إذ العقل لا يهتدي إليه ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر

منذ يوم اشتراها لزمه وإلا لم يلزمه لأنه في الوجه الأول ولد المعتدة فإن العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لأنه يضاف الحادث إلى أقرب

أوقاته فلا بد من دعوة وهذا إذا كان الطلاق واحدا بائنا أو خلعا أو رجعيا أما إذا كان اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت

الطلاق لأنها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق إلا إلى ما قبله لأنها لا تحل بالشراء ومن قال لأمته إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة

وعند الشافعي ومالك أربع سنين واستدل المصنف بقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل أخرج الدارقطني والبيهقي في سننهما من طريق ابن المبارك ثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة قالت ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل وفي لفظ قالت لا يكون الحمل أكثر من سنتين الحديث وأخرج الدارقطني ومن جهته البيهقي عن الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن أنس إني حدثت عن عائشة أنها قالت لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل مغزل فقال سبحان الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة كل بطن في أربع سنين ولا يخفى أن قول عائشة رضي الله عنها مما لا يعرف إلا سماعا وهو مقدم على المحكي عن امرأة ابن عجلان لأنه بعد صحته نسبته إلى الشارع لا يتطرق إليه الخطأ وفي الحكاية فإنها بعد صحتها بنسبتها إلى مالك والمرأة تحتمل خطأ فإن غاية الأمر أن يكون انقطع دمها أربع سنين ثم جاءت بولد وهذا ليس بقاطع في أن الأربعة بتمامها كانت حاملا فيها لجواز أنها امتد طهرها سنتين أو أكثر ثم حبلت ووجود الحركة مثلا في البطن لو وجد ليس قاطعا في الحمل لجواز كونه غير الولد لقد أخبرتني امرأة أنها وجدت ذلك مدة تسعة أشهر من الحركة وانقطاع الدم وكبر البطن وإدراك الطلق فحين جلست القابلة تحتها أخذت في الطلق فكلما طلقت اعتصرت ماء هكذا شيئا فشيئا إلى أن ضمر بطنها وقامت عن قابلتها من غير ولادة وبالجملة فمثل هذه الحكايات لا يعارض الروايات وما روي أن عمر رضي الله عنه أثبت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملا فهم برجمها فقال له معاذ إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها فتركها حتى ولدت ولدا قد نبتت ثنيتاه يشبه أباه فلما رآه الرجل قال ولدي ورب الكعبة فإنما هو بقيام الفراش ودعوى الرجل نسبه **قوله** وأقله ستة أشهر بلا خلاف للعلماء فيه لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا مع تفصيل الفصال في الآية الأخرى بكونه في عامين فيلزم كون الباقي ستة أشهر وأورد عليه أنه مخالف لما قرره لأبي حنيفة في الرضاع من أن هذه المدة مضروبة بتمامها لكل من الحمل والفصال غير أن المنقص قام في أحدهما وهو الحمل وهو حديث عائشة رضي الله عنها فلما قدمناه هناك أنه غير صحيح لما يلزم من أنه يراد بلفظ الثلاثين في الطلاق وإحقيقة ثلاثين وأربعة وعشرين باعتبار إنما أمتين فلعله رجع إلى الصحيح وأجيب بأن هذا دليل ابن عباس رضي الله عنهما ذكره هنا وموضع الاستدلال في الحقيقة مورده لا هو فنقل لفظه لينبه عليه وهو ما روي أن رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس أما إنها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال تعالى وفصاله في عامين فلم يبق للحمل إلا ستة أشهر فدرأ عثمان رضي الله عنه الحد فالتمسك بدرء عثمان مع عدم مخالفة أحد فكان إجماعا وهذا الصحيح في تفسير ومفيد للقطعية إرادة كون المدة بمجموع الحمل والفصال لأنها ثمرة معرفة حيث سكتوا أو رتبوا الحكم باعتباره وهو يقتضي ذكر في الرضاع على ذلك الوجه فلا يفيد فبه الناقض على المصنف **قوله** ومن تزوج أمة فطلقها أي بعد الدخول واحدة بائنة أو رجعية ثم اشتراها قبل أن تنقضي عدتها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها لزمه أي يثبت نسبه منه ولفظ يوم بعد منذ مستغنى عنه وقيدنا بعد الدخول وواحدة لأنه لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد إلا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ فارقها لأنه لا عدة لها ولو بعده وأطلق ثنتين يثبت إلى سنتين من وقت الطلاق كما سيذكره المصنف **قوله** وإلا أي إن لم تجئ به لأقل بل لتمام ستة أشهر أو أكثر من وقت الشراء لم يلزمه إلا أن يدعيه **قوله** لأنه في الوجه الأول وهو ما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ولد المعتدة لتيقن كون العلوق سابقا على الشراء

فهي ام ولده لان الحاجة الى تعيين الولد وشهادة القابلة تكفي بالاجماع ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام ...

وولد المعتدة يثبت نسبه بلا دعوة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا جاءت به لستة اشهر فصاعدا ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة وهذا لان الطلاق اذا كان واحدة حل له وطؤها بعد الشراء اذ لا يظهر عدتها في حقه لانها معتدة والمرأة متى ولدت والوطء حلال يقضى بالعلوق من اقرب الاوقات لان فيما زاد عليه شكا واقرب الاوقات ستة اشهر واعتبارنا في الاول يوجب انه ولد المعتدة وفي الوجه الثاني يوجب انه ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة بخلاف ما لو كان الطلاق ثنتين حيث يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت الشراء لانها تحرم عليه حرمة غليظة فلا يحل بالشراء لان حل المحرمة حرمة غليظة مغياة بنكاح زوج آخر على ما عرف فيتعذر القضاء بالعلوق من اقرب الاوقات لانه يقتضي وطئها بالوطء الحرام فقضينا بالعلوق من ابعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق حملا لامرها على الصلاح وقبل الطلاق كانت منكوحة فيثبت نسب ولدها بلا دعوة ثم اذا كانت الواحدة رجعية وهو ولد المعتدة فيلزمه وان جاءت به لعشر سنين بعد الطلاق فائدة لعدم كونه لاقل من ستة اشهر من الشراء وان كان بائنة يثبت الى اقل من سنتين او تمام السنتين لعدم كونه لاقل من ستة اشهر من الشراء واعلم ان ما ذكر من حكم المطلقة الرجعية ثابت عند عدم الطلاق يعني لو اشتراها من غير طلاق كان الحكم المذكور للرجعية ثابتا ولو اشترى زوجته الموطوءة ثم اعتقها فولدت لاكثر من ستة اشهر منذ اشتراها لا يثبت الا ان يدعيه الزوج لان النكاح بطل بالشراء وصارت بحال لا يثبت نسب ولدها منه لو ولدت لاكثر من ستة اشهر من وقت الشراء الا بدعوة والعتق ما زادها الا بعدا منه وعند محمد يثبت النسب الى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء لانه بالشراء بطل النكاح ووجبت العدة لكنها لا تظهر في حقه للملك وبالعتق ظهرت وحكم معتدة عن بائن لم تقر بانقضاء عدتها ذلك ولو جاءت به لاقل من ستة اشهر لزمه للتيقن بثبوته قبل الشراء وان كان لاكثر من سنتين من العقد وكذا لو لم يعتقها ولكن باعها فولدت لاكثر من ستة اشهر منذ باعها فعند ابي يوسف لا يثبت النسب وان ادعاه الا بتصديق المشتري لما مر ان النكاح بطل وعند محمد يثبت بلا تصديق كما قال في العتق الا انه هنا لا يثبت بلا دعوة لان العدة ظهرت ثمة ولم تظهر هنا ولو اسلمت كتابية تحت مسلم ثم جاءت بولد لاكثر من ستة اشهر ولاقل من سنتين من وقت الاسلام فنفاه لاعن ويقطع نسب الولد منه وان احتمل علوقه قبل الاسلام وباعتباره لا لعان لكن العلوق حادث والاصل في الحوادث ما قلنا وكذا حر تحته امة اعتقها مولاها فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر ولاقل من سنتين من وقت الاعتاق فنفاه الزوج لاعن وان احتمل العلوق قبل الاعتاق فان قيل ما ذكرتم ينتقض بمسائل احدها ما لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثلاثا ولم يبين حتى ولدت احداهما لاكثر من ستة اشهر من وقت الايجاب ولاقل من سنتين منه فالايجاب على ابهامه ولا تتعين ضرتها للطلاق ذكره في الزيادات وثانيها ما لو قال لها اذا حبلت فانت طالق فولدت لاقل من سنتين من وقت التعليق لا يقع الطلاق وكذا لو كان هذا في تعليق العتاق بالحبل وثالثها المطلقة الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق لا يصير مراجعا ولو كانت الحوادث تضاف الى اقرب الاوقات لثبتت هذه الاحكام اعني البيان والطلاق والرجعة قلنا الحوادث انما تضاف الى اقرب الاوقات اذا لم تتضمن ابطال ما كان ثابتا بالدليل او ترك العمل بالمقتضي اما اذا تضمنت فلا فحينئذ عولت على ما قلنا ثم استقريت المسائل ووجدت الامر عليه ففي ثبوت الطلاق في الصورتين الاوليين ابطال ما كان ثابتا بيقين بلا يقين وفي الرجعة كذلك مع العمل بخلاف ما يدل على الدليل حتى استكراد الرجعة بغير القول قوله فهي ام ولده بالاجماع لان سبب وجود النسب وقد وجد وهو الدعوة والحاجة الى تعيين الولد وشهادة القابلة

من ثلثه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس أن لا يكون لها الميراث لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله إقرارا بالنكاح وجه الاستحسان أن المسئلة فيما إذا كانت معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم بأنها حرة فقالت الورثة أنت أم ولد فلا ميراث لها لأن ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الميراث

باب حضانة الولد ومن أحق به

وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد لما روي أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني فقال عليه السلام أنت أحق به ما لم تتزوجي ولأن الأم أشفق وأقدر على الحضانة فكان الدفع إليها أنظر وإليه أشار الصديق رضي الله عنه بقوله ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون

حجة في ذلك بالإجماع أي باتفاق أصحابنا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ولو ولدته لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه لاحتمال أنها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الأول لتيقننا بقيامه في البطن وقت القول فيتيقن بالدعوى **قوله** ترثه إلخ فإن قيل ثبوت النكاح هنا اقتضائي فيثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الإرث قلنا النكاح غير متنوع إلى ما هو سبب استحقاق الإرث وما ليس كذلك بل هو ملزوم لاستحقاقه وإذا ثبت الشيء ثبت بلوازمه الشرعية والإلزام لم يكن لازما بخلاف نكاح الأمة والكتابية **قوله** وجه الاستحسان أن المسئلة مفروضة فيما إذا كانت معروفة بحرية الأصل وأنها أم الولد وإذا ثبت كونها حرة وهي أم ابنه لزم كونه من نكاح صحيح عادة وشرعا لأنه الموضوع لحصول الأولاد دون الفاسد والوطء لشبهة فهما احتمالان لا يعتبران في مقابلة الظاهر المتوسط وكذا احتمال كونه طلقها في صحته وانقضت عدتها لأنه لما ثبت النكاح وجب الحكم ببقائه ما لم يتحقق زواله **قوله** فلا ميراث لها قال التمرتاشي ولكن لها مهر المثل لأنهم أقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم **قوله** لا في استحقاق الإرث فلا يقضى به كالمفقود يجعل حيا في ماله حتى لا يرث غيره منه لا بالنسبة إلى غيره حتى لا يرث من أحد والله أعلم

باب حضانة الولد ومن أحق به لما ذكر ثبوت نسب الولد عقيب أحوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد **قوله** وإذا وقعت الفرقة إلخ وهو مطلق الإطلاق في غيرها إذا وقعت بردتها لحقت أو لا لأنها تحبس وتجبر على الإسلام فإن تابت فهي أحق به وما إذا لم تكن أهلا للحضانة بأن كانت فاسقة أو تخرج كل وقت وتترك البيت ضائعة أو كانت أمة أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة أو متزوجة بغير محرم وما إذا كان الأب معسرا وأبت الأم أن تربي إلا بأجر وقالت العمة أنا أربي بغير أجر فإن العمة أولى هو الصحيح **قوله** لما روي أن امرأة في سنن أبي داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال عليه السلام أنت أحق به ما لم تنكحي رواه الحاكم وصححه وعمرو هذا هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص فإذا أراد بجده محمدا كان مرسلا وإذا أراد عبد الله كان متصلا فيما لم ينص عليه يصير محتملا للإرسال والاتصال وهنا نص على جده عبد الله وحجر الإنسان بالفتح والكسر والحواء بالكسر بيت من الوبر والجمع الأحوية **قوله** ولأن الأم أشفق عليه أي هذه الحكمة خصوص هذا الشرع وإنما كانت أشفق لأنه كان جزءا لها حقيقة حتى قد يقرض بالمقاريض وأقدر على الحضانة لتبتلها بمصالحه والرجل لا يقدر على الاكتساب فإذا جعلت نفقته عليه إذا لم يكن هو له مال وجعل عندها **وقوله** وإليه أشار الصديق إلخ يشير إلى ما في موطأ مالك ثنا يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال كانت عند عمر امرأة من الأنصار فولدت له عاصما ثم فارقها عمر رضي الله عنه فركب يوما إلى قباء فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فأخذه بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فنازعته إياه فأقبلا حتى أتيا أبا بكر فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فقال أبو بكر خل بينه وبينها فما راجعه عمر الكلام وكذا رواه عبد الرزاق وزاد ثم قال أبو بكر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا توله والدة عن ولدها وفي مصنف ابن أبي شيبة ثنا ابن إدريس عن يحيى بن سعيد عن القاسم أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت بن أبي الأفلح فتزوجت فجاء عمر فأخذ

والنفقة على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليه لانها عست تعجز عن الحضانة فان لم تكن له ام فام الام اولى من ام الاب وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم تكن ام الام فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للولاد فان لم تكن له جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الام ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلنا الاخوات معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها

ابنه فادركته شموس ام ابنه عاصم الانصارية وهي ام جميلة فاخذته فترافعا الى ابي بكر فقال خل بينها وبين ابنها فاخذته ولابن ابي شيبة ايضا عن عمر انه طلق ام عاصم ثم اتى عليها وفي حجرها عاصم فاراد ان ياخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا الى ابي بكر فقال له مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه **قوله** والنفقة على الاب على ما نذكره في باب النفقة وهذا اذا كان حيا وان كان ميتا فعلى ذي الرحم الوارث على قدر المواريث **قوله** ولا تجبر يعني اذا طلبت الام فهي احق به فان ابت لا تجبر على الحضانة وهو قول الشافعي واحمد والثوري ورواية عن مالك وفي رواية اخرى وهو قول ابن ابي ليلى وابي ثور والحسن بن صالح تجبر واختاره ابو الليث والهندواني من مشائخنا لان ذلك حق الولد قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين والمراد الامر وهو للوجوب والمشهور عن مالك تجبر الشريفة التي لا عادة لها بالارضاع وتجبر التي هي ممن ترضع فان لم يوجد غيرها او لم ياخذ الولد ثدي غيرها اجبرت بلا خلاف ويجبر الاب على اخذ الولد بعد استغنائه عن الام لان نفقته وصيانته عليه بالاجماع ولنا قوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له اخرى فاذا اختلفا فقد تعاسرا فكانت الآية للندب او محمولة على حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولانها عسى ان تعجز عنه لكن في الكافي للحاكم الشهيد الذي هو جمع كلام محمد لو اختلعت على ان تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لان هذا حق الولد ان يكون عند امه ما كان اليها محتاجا بهذا اللفظ فافاد ان قول الفقيهين جواب الرواية واما قوله تعالى فسترضع له اخرى فليس الكلام في الارضاع بل في الحضانة قال في التحفة ثم الام وان كانت احق بالحضانة فانه لا يجب عليها ارضاعه لان ذلك بمنزلة النفقة ونفقة الولد على الوالد الا ان لا يوجد من يرضعه فتجبر **قوله** فان لم تكن اي لم تكن له ام تستحق الحضانة بان كانت غير اهل للحضانة او متزوجة بغير محرم او ماتت فام الام اولى من كل احد وان علت وعن احمد ام الاب اولى واستضعف بان ام الام تدلي بالام وهي المقدمة على الاب فمن يدلي بها اولى واحق ممن يدلي به فان لم يكن للام ام فام الاب اولى ممن سواها وان علت وعند زفر الاخت الشقيقة او الخالة اولى منها وعن مالك الخالة اولى من الجدة لاب لما في الصحيح ان عليا وجعفر الطيار وزيد بن حارثة اختصموا في بنت حمزة فقال علي انا احق بها هي ابنة عمي وقال زيد بنت اخي وقال جعفر بنت عمي وخالتها تحتي فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة بمنزلة الام وقال لعلي انت مني وانا منك وقال لجعفر اشبهت خلقي وخلقي وقال لزيد انت اخونا ومولانا ورواه ابو داؤد وقال فيه انما الخالة ام ورواه اسحق بن راهويه وقال بعد قوله واما انت يا زيد فاخونا ومولانا والجارية عند خالتها فان الخالة والدة قلنا هذا الكلام للتشبيه فيحتمل كونه في ثبوت الحضانة او غيره الا ان السياق افاد ارادة الاول فيبقى اعم من كونه في ثبوت اصل الحضانة او كونها احق به من كل من سواها ولا دلالة على الثاني والاول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بانها احق من احد بخصوصه اصلا ممن له حق في الحضانة فيبقى المعنى الذي عيناه بلا معارض وهو ان الجدة ام ولهذا تحرز ميراث الام من السدس وغلبة الشفقة تتبع الولادة ظاهرا فكانت مقدمة على الاخوات والخالات فان لم يكن جدة سفلى ولا عليا فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين واولئك بنات الاجداد والجدات والشقيقة اولى من غيرها والتي لام اولى من التي لاب وللعد الاختلاف

لما روينا ولأن زوج الأم إذا كان أجنبيا يعطيه نزرا وينظر إليه شزرا فلا نظر **قال** إلا الجدة إذا كان زوجها الجد لأنه قائم مقام أبيه فينظر له وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا إلى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية لأن المانع قد زال فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم أقربهم تعصيبا لأن الولاية للأقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة والأم والجدة أحق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى واحد لأن تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه أنه إذا استغنى يحتاج إلى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم والأب أقدر على التأديب والتثقيف والخصاف رح قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والأم والجدة أحق بالجارية حتى تحيض لأن بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى وعن محمد رح أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة إلى الصيانة

الخالة وفي رواية كتاب الطلاق الخالة أولى من الأخت لأب لأنها تدلي بالأم وتلك تدلي بالأب وفي رواية كتاب النكاح الأخت لأب أولى من الخالة اعتبارا لقرب القرابة وتقديم المدلي بالأم على المدلي بالأب عند اتحاد مرتبتهما فعلى رواية كتاب النكاح يدفع بعد الأخت لأب إلى بنت الأخت الشقيقة ثم إلى بنت الأخت لأم ثم إلى بنت الأخت لأب ثم إلى الخالة الشقيقة ثم إلى الخالة لأم ثم لأب ثم إلى العمات في هذا الترتيب ثم إلى خالة الأم لأب وأم ثم لأم ثم لأب ثم إلى عماتها على هذا الترتيب وخالة الأم أولى من خالة الأب عندنا ثم خالات الأب وعماته على هذا الترتيب وقد تبين أن أولاد الأخوات لأب وأم أحق من الخالات والعمات وأن الأخت لأب وأم أحق من ولد الأخت الشقيقة وبنات الأخت أولى منها من بنات الأخ لأن بنت الأخت تدلي إلى من له حق الحضانة وأما بنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات فبمعزل من حق الحضانة لأن قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية **قوله** لما روينا وهو قوله عم ما لم تتزوجي والنزر القليل والشزر نظر المبغض ولو ادعى أن الأم تزوجت وأنكرت فالقول لها ولو أقرت بالتزوج إلا أنها ادعت الطلاق وعود حقها فإن لم تعين الزوج فالقول لها وإن عينته لا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يقر به الزوج **قوله** فاختصم المقصود أنه إذا لم يكن للصغير امرأة من أهله ووجب الانتزاع من النساء أخذه الرجال وأولاهم أقربهم تعصيبا لأن الولاية عليه بالقرب وكذلك إذا استغنى عن الحضانة كان الأولى بحفظه أقربهم تعصيبا وقد عرف في موضعه أي في الفرائض وأولى العصبات الأب ثم الجد أب الأب وإن علا ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب وكذا كل من سفل من أولادهم ثم العم شقيق الأب ثم لأب فأما أولاد الأعمام فإنه يدفع إليهم الغلام فيبدأ بابن العم لأب وأم ثم ابن العم لأب لا تدفع الصغيرة إليهم لأنهم غير محارم وإنما يدفع إليهم الغلام وإذا لم يكن للصغيرة عصبة يدفع إلى الأخ لأم ثم إلى ولده ثم إلى العم لأم ثم إلى الخال لأب وأم ثم لأب ثم لأم لأن لهؤلاء ولاية عند أبي حنيفة رح في النكاح ويدفع الذكر إلى مولى العتاقة لأنه آخر العصبات ولا تدفع الأنثى إليه ولو كان من المحارم من الإخوة والأعمام من لا يؤمن على صبي وصبية لفسقه ليس له حق في الإمساك الكل من الكافي وإذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة كإخوة وأعمام فأصلحهم أولى فإن تساووا فأسنهم وفي الفتاوى الصغرى فإن لم يكن عصبة فإلى ذوي الأرحام على الترتيب **قوله** حتى يأكل الخ الذي في الأصل حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وفي بعض نسخ النوادر ويستنجي وحده فضمه المصنف إلى ما تقدم وفي نوادر ابن رستم ويتوضأ وحده وذكر شمس الأئمة لا بد من أن يستنجي وحده ليحصل الاستغناء ثم من المشايخ من قال المراد من الاستنجاء تمام الطهارة بأن يطهر وجهه وحده بلا معين ومنهم من قال بل من النجاسة وإن لم يقدر على تمام الطهارة **قوله** والخصاف رح قدر الاستغناء بسبع سنين وعليه الفتوى كذا في الكافي وغيره لا ما قيل أنه يقدر بتسع لأن الأب مأمور بأن يأمره بالصلوة إذا بلغها وإنما يكون ذلك إذا كان الولد عنده ولو اختلفا فقال الأب ابن سبع وقالت ابن ست لا يحلف القاضي أحدهما ولكن ينظر إن كان يأكل وحده ويلبس وحده دفع وإلا فلا **قوله** وعن محمد رح أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حد الشهوة وهي رواية هشام وفي غياث المفتي الاعتماد على رواية هشام عن محمد لفساد الزمان وعن أبي يوسف مثله واختلف في حد الشهوة ليبنى عليها

ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حد الشهوة وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا **قال** والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة لم يخيروا واما الحديث فقلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختيار الانظر بدعائه عليه السلام او يحمل على ما اذا كان بالغا

اخذه الاب وثبوت حد الشهوة معتبر قالوا بنت تسع مشتهاة وبنت ست ليست مشتهاة وسبع وثمان ان كانت عبلة مشتهاة والا فلا **قوله** ومن سوى الام والجدة يعني الجدة من قبل الام والاب **قوله** لانها لا تقدر على استخدامها شرعا وتعليم آداب النساء من الخبز والطبخ والغزل وغسل الثياب وانما يحصل بالاستخدام بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا ولهذا جاز ان يؤاجرها قال الحاكم الجليل الشهيد وان كانت الكبرى دخلت في السن واجتمع عقلها ورأيها وامرأة مخوف عليها فلها ان تنزل حيث احبت في مكان لا تخوف عليها **قوله** والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد وحال الحرة فيه انه ان كان الولد رقيقا كان مولاه احق به منها وان كان حرا كانت احق به من الزوج بعد الطلاق ومن مولاه ان كان له مولى اعتقه ومن مولاها ان كان ابنها منه قبل عتقها ولو فارقها زوجها وهي امة فالولد لمولاها وهو اولى به من الاب لانه مملوكه وان كان الزوج عبدا وكذا ان كان الزوج حرا ولم يفارق امه فالمولى احق بالولد لكن لا يفرق بينه وبين امه للنهي عن ذلك ذكره في الكافي وفي التحفة المكاتبة ان ولدت قبل الكتابة لا حق لها وان بعده فهي اولى به لدخوله تحت الكتابة **قوله** او يخاف بالرفع استئنافا وفي بعض النسخ او يخف بالجزم عطفا على ما لم يعقل وتمنع ان تغذيه الخمر او لحم الخنزير وان خيف ضم الى ناس من المسلمين ويروى بالنصب ايضا على معنى الا ان يخاف شيئا في قوله لالزمنك او تقضيني حقي ولكن هذا في او لا الواو وقال الشافعي واحمد ورواية عن مالك لا حضانة لها والمشهور عن مالك كقولنا وهو قول ابن القاسم وابي ثور وقوله للنظر قبل ذلك دافع لقولهم وحاصله ان الانظر للصغير ان يكون عند الام لوفور شفقتها وزيادة قدرتها على التحمل بملاحظته ومصالحه وما فيه من احتمال الضرر الديني يرتفع بما ذكرنا **قوله** ولا خيار للغلام يعني اذا بلغ السن الذي يكون الاب احق به كسبع مثلا اخذه الاب ولا يتوقف على اختيار الغلام ذلك وعند الشافعي يخير الغلام في سبع او ثمان وعند احمد واسحق يخير في سبع فاذا اختار احدهما وسلم اليه ثم اختار الآخر فله ذلك فان عاد واختار الاول اعيد اليه هكذا ابدا قال في المغني وهذا لم يقل به احد من السلف والسنة ان لا تخيير ويكون عند الام **قوله** لان النبي صلى الله عليه وسلم خير اخرج الاربعة عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين ابيه وامه قال الترمذي حديث حسن صحيح ولابي داود والنسائي فيه قصة لابي هريرة قبل ان يروي الحديث حاصلها انه خير غلاما في واقعة رفعت اليه ثم روى الحديث ولفظه سمعت امرأة جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم وانا قاعد عنده فقالت يا رسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني من بئر ابي عنبة وقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استهما عليه فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شئت فاخذ بيد امه فانطلقت واستدل المصنف بالمعنى على عدم التخيير وهو ظاهر واجاب عن الحديث بوجهين احدهما انه عليه السلام دعا ان يوفق لاختيار الانظر على ما رواه ابو داود في الطلاق والنسائي في الفرائض عن عبد الحميد بن جعفر عن ابيه عن جده رافع بن سنان انه اسلم وابت امرأته ان تسلم فجاء بابن لهما صغير لم يبلغ فاجلس النبي صلى الله عليه وسلم الاب هنا والام هنا ثم خيره وقال اللهم اهده فذهب الى ابيه وفي لفظ آخر انه اسلم وابت امرأته ان تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم او شبهه وقال رافع ابنتي فاقعد النبي صلى الله عليه وسلم الام ناحية والاب ناحية واقعد الصبية ناحية وقال لهما ادعواها فمالت الصبية الى امها فقال

فصل وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الإضرار بالأب الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا

عم اللهم اهدها فمالت الى ابيها فاخذها واخرجه الدارقطني من طريق ابي عاصم النبيل عن عبد الحميد وسمى البنت عميرة واخرج ابن ماجة والنسائي في سننه من اسمعيل عن ابراهيم بن علية ثنا عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن ابيه عن جده ابي سلمة ان ابوين اختصما في ولد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم احدهما كافر فخيره والنبي صلى الله عليه وسلم فتوجه الى الكافر فقال اللهم اهده فتوجه الى المسلم فقضى له به قال ابن القطان بعد ذكر الروايتين في انه غلام او جارية ولعلهما قضيتان قال وقد روي من طريق عثمان البتي ايضا عن عبد الحميد بن سلمة عن ابيه عن جده عن ابويه اختصما فيه رواه ابن ابي شيبة ورواه غيره وقال فيه عبد الحميد عن يزيد بن سلمة ولا يصح ذلك لان عبد الحميد بن سلمة واباه وجده لا يعرفون ولو صحت لاينبغي ان يجعل خلافا فالرواية اصحاب عبد الحميد بن جعفر عن عبد الحميد بن جعفر ثم ثقات وهو وابوه ثقتان وجده رافع بن سنان معروف وافاد ان المراد بقوله عن ابيه عن جده جد ابيه قال فانه عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن رافع بن سنان ونحن نقول انه اذا اختار من اختاره الشرع دفع له لكن الوقوف على ذلك متعذر بتجويز غيره وهم مع دعائه فيجب لعدمه وهم اعتبار مظنة الانظرية وهو فيما قلنا ثانيهما انه كان بالغا بدليل الاستغناء من بير ابي عنبة من دون البلوغ لايرسل الى الآبار للاستقاء للخوف عليه من السقوط فيه لقلة عقله وعجزه عنه فالبالغ نحن نقول اذا بلغ فهو مخير بين ان ينفرد بالسكنى وان يكون عند ايهما اراد اللهم الا ان يبلغ سفيها مفسدا فيضمه الى نفسه اعتبارا لنفسه بماله ولا نفقة له على الاب الا ان يتطوع اما الجارية فان بلغت بكرا ضمها الى نفسه لانها غمرة بعد وان بلغت ثيبا ولها ان تنفرد بالسكنى الا ان تكون غير مأمونة على نفسها لا يوثق بها فللاب ان يضمها اليه وكذا الاخ والعم الغير اذا لم يكن مفسدا فان كان فيضعها القاضي عند امرأة ثقة ولهذا صح ان الصحابة رضي الله عنهم لم يخيروا اسلى ما تقدم مع قصة عمر مع ابي بكر وما اسند عبد الرزاق عن عمر انه خير ابنا فاختار امه فانطلقت به محمول على انه عرف ميل الابن الى امه وهي في الواقع احق بحضانته فاحب تطييب قلب الام من غير مخالفة للشرع فخير ويدل عليه ما تقدم انه لم يراجع ابا بكر الكلام والجواب ان عدم المراجعة ليس دليلا لان ابا بكر كان اماما يجب نفاذ ما يحكم به من رأيه وان خالفه رأي المحكوم عليه فالوجه ما ذكرنا ليوافق المروي من رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قدمناه اول الباب

فصل اذا ثبت حق الحضانة للام فارادت ان تخرج بالولد الى بلد آخر والنكاح قائم كان للزوج منعها لان حق السكنى له بعد ايفاء معجل المهر خصوصا بعد ما خرجت معه وان كانت بائنة وقد انقضت عدتها فلا يخلو من كون البلد التي تريد الخروج الى بلدها وقد وقع العقد فيها او لا ففي الاول ليس للاب منعها وان بعدت كالكوفة من الشام الا ان يكون دار حرب وهو مسلم او ذمي وان كانت هي حربية ولو كان كلاهما مستأمنا جاز لها ذلك لانه لما عقد به فالظاهر انه يقيم به غير انه اذا خرج بعد ذلك وقد اعطاها المهر وجب عليها التابعة او تابعته بلا وجوب واذا زالت الزوجية لم تجب التابعة فيعود الامر الى الاول ولو كانت الاولاد ميتا بان تزوجها مثلا بالبصرة فولدت له اولادا فخرج بهم الى الكوفة ثم طلقها فخاصمته فيهم ليردهم اليها فان اخرجهم باذنها ليس عليه ان يجيء بهم اليها وتقال لها اذهبي اليهم فخذيهم وان كان بغير اذنها فعليه ان يجيء بهم اليها وفي الثاني له منعها سواء كان مصرها ولم يعقد فيه او عقد فيه وليس بمصرها على اصح الروايتين كما سيذكره المص الا ان تخرج

الوصي

ن الام

باب النفقة

قال النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والاصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فتستوي فيها المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما جميعا قال العبد الضعيف وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره انهما اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسر فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رح لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة واما النص فنحن نقول بموجبه انه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط

الى قرى فان كانت قريبة منها فليس لها ذلك الا ان يكون النكاح وقع في تلك القرى وفيه ايضا وليس للمرأة ان تشتري لولدها وتبيع و
الا كانت احق به الا ان يكون وصية والله سبحانه اعلم

باب النفقة النفقة مشتقة من النفوق وهو الهلاك نفقت الدابة نفوقا هلكت او من النفاق الرواج نفقت السلعة نفاقا راجت وذكر الزمخشري ان كل ما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفخ ونفس ونفى ونفد وفي الشرع الادرار على الشيء بما به بقاؤه ثم نفقة الغير تجب على الغير باسباب الزوجية والقرابة والملك فبدأ بالزوجات اذ هي الاصل في ثبوت النفقة للولد لانه فرعها ثم بالسبب الابعد والاصل في ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مرجع الضمير للوالدات المتقدم ذكرهن قيل هي الزوجات وقيل هي المطلقات والاول هو الظاهر وقال الله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها وقال الله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرأ ابن مسعود واسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم وقال عليه السلام في خطبته ليوم عرفة في حجة الوداع كما قدمناه في ضمن حديث جابر الطويل في الحج فاتقوا الله في النساء فانهن عوان واخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن ان لا يوطئن فرشكم احدا تكرهونه فان فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف رواه مسلم وغيره وفي الصحيح ان هندا ابنة عتبة قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي ابني الا ما اخذت من ماله بغير علمه فقال عليه السلام خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك والاحاديث كثيرة في الباب وعليه اجماع العلماء وما نقل عن الشعبي رح من قوله ما رأيت احدا اجبر على نفقة احد يجب تأويله والله اعلم بصحته **قوله** وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره اي لمنفعة ترجع الى غيره كان نفقته عليه فخرج الرهن فان النفقة على الراهن لان منفعة حبسه ليست متمحضة للمرتهن بل مشتركة وخرج المنكوحة نكاحا فاسدا حتى لو تعجلت نفقة شهر ثم ظهر انه فاسد رجع عليها بما اخذت اما لو انفق عليها بلا فرض القاضي فلا يرجع وفي الفتاوى رجل اتهم بامرأة فتزوجها فتزوجت منه ان لم يقربها الحبل متى كان النكاح فاسدا عند ابي يوسف وعندهما يصح فتستحق النفقة وذكر في موضع آخر لا تستحقها عندهما ايضا لانه ممنوع عن وطئها ولو اقر انه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطئها وتقدم اصله في المحرمات والله اعلم **قوله** اصله العامل في الصدقات والمفتي والوالي والقاضي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة اذا اقاموا لدفع عدو المسلمين والنساء محبوسات صيانة لمائهم عن الاشتباه فتجب نفقتهن عليهم مسلمات كن او ذميات او غنيات وقوله اذا سلمت نفسها في منزله ليس شرطا الا في ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وان لم تنتقل الى منزل الزوج اذا لم يطلب الزوج انتقالها فان طلبه فامتنعت بحق لها كمهرها لا تسقط النفقة ايضا وان كان بغير حق لا نفقة لها للنشوز وقال بعض المتأخرين لا نفقة لها حتى تزف الى منزل الزوج وهو رواية عن ابي يوسف واختارها القدوري وليس الفتوى عليه وقول الاقطع الشيخ ابي نصر في شرحه ان تسليمها نفسها شرط بالاجماع منظور فيه ثم قرره على وجه يرفع الخلاف وهو انه اذا لم ينقلها الى بيته ولم تمتنع هي تجب النفقة لانها سلمت نفسها ولكنه رضي ببطلان حقه حيث ترك النقلة فلا يسقط حقها **قوله** وعليه الفتوى اي على اختيار الخصاف وقول الكرخي هو ظاهر الرواية وقال به جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد رح وقال في التحفة انه الصحيح والاتفاق على وجوب نفقة اليسار في يسارهما والاعسار في اعسارهما وانما يظهر الخلاف في الاختلاف كما اذا

وهو الواجب وفيه بيان انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي رح انه على الموسر مُدّان وعلى المعسر مدّ وعلى المتوسط مدّ ونصف مدّ لان ما يجب
كفاية لا يتقدر شرعاً في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة
لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله فيجعل كلا فائت وان نشزت فلا نفقة لها

كانت موسرة وهو معسر فعلى مختار المص يجب فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة وكذا في عكسه وعلى ظاهر الرواية يجب في الاول نفقة الاعسار
لانها لو كانت موسرة لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسرين وفي الثاني نفقة الموسرين والمص لم يذكر تمام الاقسام التي بها يتم تفسير قول الخصاف
بل ترك ما اذا كانت موسرة والزوج معسرا وكانه لاتحاد جوابه بجواب ما ذكره وهو ما اذا كانت معسرة وهو موسر وكان الاولى ح ان يقول فاذا كان
احدهما موسرا والآخر معسرا واختصر في الاستدلال لمذهب الخصاف على حديث هند وقال فيه اعتبر حالها ووجهه انه يصلح رد الاعتبار حاله فقط
يعني اذا ثبت اعتبار حالها في هذا الحديث بطل قولكم يعتبر حاله فقط ثم اعتبار حاله ثابت لابد منه باتفاق القائلين القائل باعتبار حاله
والقائل باعتبار حالهما فيلزم اعتبار حالهما ولو يرد عليه ان حديث هند خبر واحد وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله مطلق
في اعتبار حيث حال الموسر معسرة كانت الزوجة اولا والمعسر موسرة كانت اولا فاعتبار حالها زيادة موجبة لتغيير حكم النص اذ توجب الزيادة في موضع يقتضي
النص فيه عدمها وعدمها في موضع يقتضي فيه وجودها وذلك لا يجوز روايةً والمص دفع هذا القول بما النص فنقول بموجبه انه مخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته
فانه يفيد ان المفاد بالنص اعتبار حاله في الانفاق ونحن نقول ان المعسر لا ينفق فوق وسعه وهو لا ينفي اعتبار حالها في القدر الواجب لها والحديث افاد ذلك فلا
زيادة على النص لان موجبه تكليفه باخراج قدر حاله والحديث افاد باعتبار حالها في القدر الواجب لا المخرج فيجتمعان بان يكون الواجب عليه اكثر مما
اذا كانت موسرة وهو معسر يخرج قدر حاله فيالفه ويبقي الباقي في ذمته اللهم الا ان نقول يجوز حمله عم بان زوجها كان موسرا فلم ينفق على ما يليق
لها ان تاخذ كفايتها وهذا ليس فيه اعتبار حالها فان الكفاية تختلف ثم هذا البحث يتجه بالنسبة الى هذه الآية اما بالنسبة الى قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر
فلا لانه اعتبر في نفس الواجب المفاد ولفظه على حاله الا ان هذه في المتعة لا في النفقة ويدعى الفرق بين المتعة والنفقة بناء على انها ليست سلوكا بها مسلك
الكسوة بل هي بدل نصف المهر او ان قوله تعالى متاعا بالمعروف الآية يفيد بالقدرتين اي على الموسع قدره مع قدرها وكذا الآخر وهذا لان المعروف
ان لا يدفع للفائقة ما يدفع للفقيرة قوله وهو الواجب اي الوسط هو الواجب لها اعتبار حالها وقد يقال لا يمشي على جميع اقسام تفسير قول الخصاف رح
بل في اوساط الحال وفي اختلافهما باليسار والاعسار فان الواجب فوق الاعسار ودون نفقة اليسار وهذا اوسط واما في يسارهما
فيمكن ان يقال يجب نفقة هي وسط في اليسار واما في اعسارهما فيجب اليها نفقة وسط في الاعسار وهو بعيد فانه اذا فرض ان عسرهما
غاية في الاعسار فانما تجب الغاية فيه لان اعتبار حاله وحالها لا يوجب غير ذلك والوجه ان المراد بالمعروف في قوله عم خذي ما يكفيك وولدك
بالمعروف ما يكفيك وما يقابل المنكر فيستقيم فان المعروف في متوسطة الحال ان كفايتها دون كفاية الفائقة فيجب ذلك ليسارهما وغاية
غاية اعسارها واعسار المعروف دون المتوسط فيه والحاصل ان على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت و
اعتبار الحال من اليسار والاعسار وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الادام لان الخبز لا يؤكل الا مادوما قوله لان ما وجب
كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه لانه يختلف باختلاف الطباع واحوال الناس وباختلاف الاوقات وفي المبسوط وكل جواب عرف من اعتبار
حاله او حالها في النفقة ففي الكسوة مثله واذا اختلفا في اليسار والاعسار فالقول قول الزوج في المعسرة كذا في الاصل واشار
شيخ الاسلام الى ان القول قولها انه قادر وهو ما ذكره محمد رح في الزيادات ومن المتاخرين من قال ينظر الى زيه الا في العلوية
والفقهاء واذا كان القول قوله ولا بينة لها فسالت القاضي ان يسال عن يساره في السر فليس ذلك على القاضي فان فعل فاتاه

حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطي كرها

عنه انه موسر لم يفرض عليه نفقة الموسر الا ان يخبره بذلك عدلان انما على ذلك فيكونان بمنزلة الشاهدين فان اخبراه من ورائه لم يوخذ بقولهما فان اقامت البينة انه موسر واقام الزوج انه محتاج اخذ بينتها وفرض عليه نفقة الموسر كذا في كافي الحاكم **قوله** حتى تعود الى منزله ليفيد ان المستوجب لسقوط النفقة ماخوذ فيه خروجها من منزله والتحرير ان الماخوذ فيه عدم موافقتها على المجيء الى المنزل سواء كان لعدم خروجها او تمنعت الى منزله ابتداء لبعد ايفاء معجل مهرها او عدم تمكينها اياه من الدخول في منزلها المملوك لها الذي كانت تسكن معه فيه قبل ان تساله ان يحولها الى منزله او يكتري لها منزلا فان كانت ساكنة في ذلك لتنتفع بملكها فابى منعته الدخول كان لها النفقة وفي الفتاوى لو قالت انما خرجت لانك ساكن في ارض مغصوبة لا تكون ناشزة وفي الفتاوى النسفي لو كان يسكن في شبهة فخرجت الينا اجنبيا ليحملها اليه فابت لعدم المحرم لها النفقة **قوله** لا يستمتع بها اي لا توطا وصرح في الذخيرة بان المراد من الاستمتاع الوطي وبه قيد الحاكم قال لا نفقة للصغيرة التي لا تجامع فلا نفقة لها الى ان تصير الى حالة تحتمل الوطي سواء كانت في بيت الزوج او الاب واختلف فيها فقيل اقلها سبع سنين وقال العتابي اختار مشائخنا تسع سنين والحق عدم التقدير فان احتماله يختلف باختلاف البنية وعلى قولنا جمهور العلماء والشافعي في قوله المختار عندهم وفي قول له تجب وان كانت في المهد لاطلاق النص وهو قول الثوري والظاهرية قلنا اما قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن فرجع الضمير الوالدات فلا يتناول الصغائر واما قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته فانما فيه الامر بالانفاق ليعني على من يستحقها ولم يعين مستحقها فثبوت من يستحقها من خارج على انه لو صرح بالزوجات فيها كان المراد بعضهن الا ترى انه ليس كل زوجة تستحقها كالناشزة فيعين في تعيين ذلك البعض بالدليل الذي يعينه واما حديث جابر فقوله عز فيه ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف فرجع الضمير فيه النساء اللاتي حلت فروجهن وللقول لا يحل فرج من لا تطيق الجماع فانه اهلاك او يطلقه ولو سلم فالاتفاق على ان عمومه غير مراد فان الناشزة لا نفقة لها وهي زوجة فيجوز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهو ما ذكره في الوجه وحاصله ان الزوجة اجنبية فاستحقاقها النفقة اما ان يكون لذلك النوع من الملك الوارد عليها على تقدير ان الحاكم الملك القاصر بالملك الكامل في المرقوقة او للاحتباس لها لاستيفاء المنفعة المقصودة من التزويج اعني الوطي او دواعيه او للاحتباس مطلقا لا يجوز الاول لان ايجابها بسبب ملك كامل لا يستلزم ايجابها بسبب ملك ناقص اذ ليس هو في معناه الا ان يكون ايجابها في الكامل لمعنى لتضمنه فهو موجود في الناقص فتجب فيه لذلك المشترك لا للملك ولو عين ذلك المشترك لكان اعتبارها على احد الاوجه التي ذكرنا او ستورد وايضا فيجب ان لا يعوض الملك هنا المهر فلا يكون النفقة ايضا عوضا وان لا يجتمع عن المعوض الواحد عوضان ولا يمكن جعل العوض الواحد مجموع المهر والنفقة كما لو تزوجها على الف وعبد لان الملك معوض ثبت جملة وهو تمام العلة لعوضه فلا بد من كون عوضه ثبت ايضا كذلك وذلك المهر دون النفقة لانها تجب شيئا فشيئا ولو كانت جزء من العوض لزوم جهالة احد العوضين فانها تجب بحادث شيئا فشيئا وهو الاحتباس نظرا الى انه هو الطريق المعهود فيها يجب ان يقول النفقة في المرقوقة ايضا جزاء الاحتباس لما هو من مقاصد ذلك الملك من الاستخدام الذي من جملته الوطي انك ترى لا الملك وبهذا يحقق الاسير انه لا نفقة للآبق مع قيام الملك ولا يجوز الاخير لمعارضته بالناشزة ولا ما قبله فهو انتفاء الدواعي باتفاقه كونها ممن لا يوطأ واما الثاني فهو العلة لظهور اثره في حق القاضي والمفتي والعامل على الصدقات ومن تقدم وانما لم نقل فتعين الثاني في معتقب ابطال الاقسام لئلا يكون مبنيا على اثبات المناسبة لظهور الاثر في حق الاسرة المسيرة وانما هو في الحقيقة

اجبراه

وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعي لها النفقة لأنها عوض من الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة وإن كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطء وهي كبيرة فلها النفقة من ماله لأن التسليم تحقق منها وإنما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين وإذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها لأن فوت الاحتباس منها بالمماطلة وإن لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منه وكذا إذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن أبي يوسف أن لها النفقة والفتوى على الأول لأن فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا إذا حجت مع محرم لأن فوت الاحتباس منها وعن أبي يوسف أن لها النفقة لأن إقامة الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لأنها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا وإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس أن لا نفقة لها إذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان أن الاحتباس قائم فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فأشبه الحيض وعن أبي يوسف أنها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لأن التسليم لم يصح قالوا هذا حسن

عليه ما عداه الشيخ ورد قوله والبالغ ما عنوه بذلك وقد تشبث بالرتقاء والقرناء والتي أصابها مرض يمنع الجماع والكبيرة التي لا يمكن وطؤها كبرا فإن لهن النفقة ولا يمكن وطؤهن أجيب بأن المعتبر في إيجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع أو الدواعي والانتفاع من حيث الدواعي موجود فيهن لأنه يجامع فيما دون الفرج بخلاف الصغيرة التي لا يجامع مثلها فإنها لا تكون مشتهاة أصلا فلا يجامع فيما دون الفرج حتى إن كل ما قيل لتشتهى بالرضيعة فيما دون الفرج والاستمتاع كذلك في العجوز والمريضة قالوا فعلى هذا التعليل إذا كانت صغيرة مشتهاة يمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة كذا في الذخيرة وعلى هذا من قيد الصغيرة بكونها لا تشتهى للجماع فرض محال لأنها إذا لم تكن بحيث تشتهى للجماع لا تكون مشتهاة للجماع فيما دون الفرج نعم يأتي وهو أن قولنا الصغيرة التي لا توطأ مشتهاة بل معناه لا تشتهى للوطء أو لا تطيق الوطء فإن كان الأول فالملازمة حسنة وإن كان الثاني فإن ثبت التلازم بين عدم الإطاقة وعدم الاشتهاء فكذلك وإلا فهو فرض صحيح والظاهر التلازم بناء على أن المراد بعدم الإطاقة مطلقا وإن من واحد ممن يطيق الوطء فالظاهر أن من كانت بحيث تشتهى للجماع فيما دون الفرج فهي مطيقة للجماع في الجملة فإن لم تطقه من غيره مثلا فتجب لها النفقة ومن لا فلا تجب لها النفقة وفي خزانة الفقه للفقيه أبي الليث عشر من النساء لا نفقة لهن الصغيرة التي لا تحتمل الجماع والناشزة إذا لم يكن لها عليه مهر وإذا غصبها ظالم فذهب بها والمحبوسة في دين والمسافرة بحج إذا لم يكن معها زوجها والأمة إذا لم يبوئها مولاها والمنكوحة نكاحا فاسدا والمرتدة والمتوفى عنها زوجها والمرأة إذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة **قوله** وإن كانت صغيرة إلخ ذكر حكم العجز من الطرفين منفردا ولم يذكر حكمه عن الطرفين جميعا بأن كانا صغيرين لا يطيقان فلو اعتبر جانبه تجب ولو اعتبر جانبها لا تجب وفي الذخيرة لا نفقة لها وأكثر ما في الباب أن يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من جهتها قائم ومعه لا يستحق النفقة وعن هذا قلنا إذا تزوج المجبوب صغيرة لا تصلح للجماع لا نفقة لها ولا يخفى إمكان عكس هذا الكلام فيقال يجعل المنع من جهتها كالمعدوم فيجب الخ والتحقيق أن النفقة لا تجب إلا بتسليمها لاستيفاء منافعها المقصودة بذلك التسليم فيدور ذلك وجوبا معه وجودا وعدما فلا تجب في الصغيرة وتجب في الكبيرة تحت الصغير **قوله** وعن أبي يوسف أن لها النفقة أي في صورة حبسها وغصبها لأنه لا منع من جهتها واختاره السرخسي والفتوى على الأول وهو قول محمد لأن النفقة عليه عوض عن احتباسه إياها غير أنه إذا فات الاحتباس لمعنى من جهته جعل باقيا تقديرا فيجب مع فواته فإذا كان لا لمعنى من جهته لم يكن التقدير فكان فائتا حقيقة وحكما وهو الموجب ليس غير فعند عدمه ينعدم الحكم ونظيره ما لو غصب العين من يد المستأجر لا يجب الأجر عليه لفوات التمكن من الانتفاع لا من جهة المستأجر ولم يكن من جهة الآجر بخلاف ما لو حبس هو ظلما أو في حق يقدر هو على إيفائه أو لا يقدر أو هرب أو ارتد أو أسلمت وأبى هو الإسلام أو طاوعها ابنه ولذا قال وكذا كل فرقة جاءت من قبله بحق لا تسقط النفقة كالفرقة بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة أو بسبب الجب والعنة ما دامت في العدة حيث يجب لها النفقة لأنه من جهته حقيقة أو معنى وإن لم يكن له عمل فيه **قوله** وكذا الخ أي لا نفقة لها إذا خرجت مع محرم بخلاف ما إذا حجت مع الزوج فإن لها النفقة اتفاقا **قوله** لأن إقامة الفرض عذر قلنا نعم ولكنه من جهتها والاحتباس الفائت إنما يجعل باقيا تقديرا إذا كان الفوات من جهته ثم إذا وجبت عنده فالواجب نفقة الحضر بأن يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر فيجب دون نفقة السفر لأن هذه الزيادة لحقتها بإزاء منفعة تحصل لها فلا تكون على الزوج كالمريضة التي لا تستحق المداواة عليه **قوله** لما قلنا أي من أن نفقة الحضر هي المستحقة وأجمعوا على أن الصوم والصلاة لا يسقط النفقة **قوله** ويمسها أي ويمسها استمتاعا وهو يعمل في مسألة الكل الجماع فيما دون الفرج

الى لو اهل احسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه **قال** وتفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها

والقبلة وغيرها فكان الاحتباس الموجب قائما وكذلك الرتقاء والقرناء على ما ذكرنا لحصول الانتفاع بالدواعي والاستيناس والله اعلم

قوله قالوا هذا احسن وفي لفظ الكتاب اشارة اليه وهو قوله وان مرضت في منزل الزوج وهو عبارة من تسليم نفسها صحيحة ثم طرأ المرض ولا يخفى ان اشارة الكتاب هذه مبنية على ما اشاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم في منزله على ما قدمه من قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها اذا سلمت نفسها في منزله وقد منا انه مختار لبعض المشائخ ورواية عن ابي يوسف وليس الفتوى عليه بل ظاهر الرواية وهي الاصح لزومها بالعقد الصحيح ما لم يقع نشوز فالمستحسن لهذا التفصيل هم المختارون لتلك الرواية عن ابي يوسف وهذه فرعيتها والمختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس لاستيفاء ما هو من مقاصد النكاح من الاستيناس والاستمتاع بالدواعي وهو ظاهر الرواية قال في الاصل نفقة المرأة واجبة على الزوج وان مرضت او جنت او اصابها بلاء يمنع من الجماع او كبرت حتى لا تستطيع جماعها وفي شرح الطحاوي اذا كبرت ولا تطيق الجماع او بها رتق يمنع الجماع او قرن كان لها النفقة وقال الحلواني اذا مرضت مرضا لا يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة وان كان مرضا يمكن الاستمتاع بها نوع انتفاع لا تسقط وهذا التقييد للاول قال في الخلاصة لو كانت مريضة ومهازولة او لا قبل الدخول او بعده تجب وفي الاقضية لو كانت مريضة او رتقاء او قرناء تجب وفي الجامع الكبير سواء اصابتها هذه العوارض بعد ما انتقلت الى بيت الزوج او قبله فيما اذا لم تمنع نفسها وهذا جواب ظاهر الرواية عن ابي يوسف لا نفقة للرتقاء والمريضة التي لا يمكن وطيها قبل ان ينقلها وان انتقلت من غير رضاه يردها الى اهلها واذا نقلها هو الى بيته مع علمه بذلك لا يردها الى اهلها انتهى كله من الخلاصة وبه يظهر لك ما حكمنا به من تعيين اختيار قول ابي يوسف ثم من ابي يوسف في التي مرضت في منزله اذا تطاول مرضها تعتبر كالرتقاء فيها **قوله** وتفرض على الزوج النفقة الخ قال المص والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وهو اعتذار عن تكرار نفقتها ولا يخفى ما قال ان التكرار ليس بلازم اصلا ليحتاج الى الاعتذار عنه فان ما تقدم ليس الا بيان وجوب النفقة للزوجة على زوجها وبيان وجوبها ليس نفس بيان جواز الفرض للقاضي ولا جوازه له ولا هو ملزومه فان الفرض قد يتخلف مع قيام وجوب النفقة بدليل ما في الاقضية الرجل اذا كان صاحب مائدة من التناول قدر كفايتها ليس لها ان تطالب زوجها بفرض النفقة وان لم يكن على هذه الصفة يفرض فاذا طلبت فرض فالزوج هو الذي يلي الانفاق الا اذا ظهر عند القاضي مطله فح تفرض النفقة ويامره ان يعطيها لتنفق بنفسه كذا في الخلاصة وفي اليسار اثره في المجموع من نفقتها ونفقة الخادم من حيث هو مجموع فعند عدمه يفرض نفقة الخادم ثم يعتبر في الفرض الاصلح والايسر ففي المحترف يوما بيوم اي عليه ان يدفع نفقة يوم بيوم لان نفقة شهر مثلا دفعة وهذا بناء على ان عليه ان يعطيها معجلا او يعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم الذي تصرف في حاجتها في ذلك اليوم وان كان تاجرا يفرض عليه نفقة شهر بشهر او من الدهاقين فنفقة سنة بسنة او من الصناع الذين لا ينقضي عملهم الا بانقضاء الاسبوع كذلك ولو فرض عليه اكثر من قدر حاله له ان يمتنع عن اعطاء الزائد لا دام الغنا علاه اللحم وادناه الزيت واوسطها اللبن وقيل في الفقيرة لا يفرض الا دام الا اذا دفع في ذلك الى عسر فعم ويعتبر فيها على الزوج الحطب والصابون والاشنان والدهن للاستصباح

ووجهه أن كفايتها لازمة عليه وهذا من تمامها إذ لا بد لها منه ولا يفرض لأكثر من نفقة خادم واحد وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رح

وغيره وثمن ماء الوضوء عليها فإن كانت غنية تستأجر من ينقله ولا تنقله بنفسها وإن كانت فقيرة فإما أن ينقله الزوج لها أو يدفع لها ما تنقل بنفسها
وثمن ماء الاغتسال على الزوج في الفتاوى لأنه مؤنة الجماع وفي كتاب رزين جعله عليها وفصل في ماء الطهر من الحيض بين أن يكون
حيضها عشرة أيام فعليها أو أقل فعليه وأجرة القابلة على من استأجرها من الزوجة والزوج فإن جاءت بغير استئجار فلقائل أن يقول
عليه لأنه مؤنة الجماع ولقائل أن يقول عليها كأجرة الطبيب وفي المحيط إذا كان للزوج عليها دين فقال احسبوا لها من النفقة كان
له ذلك بخلاف سائر الديون حيث تقع المقاصة وإذا لم يتقاصا يفرض الكسوة في كل ستة أشهر إلا إذا تزوجها وبنى بها قبل أن يبعث
إليها الكسوة فإن لها أن تطالبه بها قبل مضي ستة أشهر والكسوة كالنفقة في أنه لا يشترط مضي المدة وللزوج أن يدفع إلى القاضي
ليأمرها بلبس الثوب لأن الزينة حقه وإذا فرض لها كسوة ستة أشهر فتخرقت قبل مضيها إن لبست لبسا معتادا تبين أن ذلك لم
يكفها فيجدد ولتبين خطأه في التقدير وإن تخرقت لخرق استعمالها لا يفرض لها أخرى بخلاف المحارم ولو لم تلبس حتى مضت ستة أشهر تفرض لها أخرى بخلاف
المحارم كما في الأقضية ولو كانت تلبس يوما وتترك يوما توقيرا يجدد لها الكسوة إذا فرغ الفصل ولو لبست دائما ولم تتخرق لم يجدد لها إذا فرغ الفصل ولو دفع
لها دراهم فسرقت كلها بعد انقضاء المدة أو بقي منها شيء في الشهر الآخر أيضا يفرض وفي المحارم لا يفرض وفي أدب
القاضي للخصاف يفرض قميص ومقنعة وملحفة وتزاد في الشتاء سراويل وجبة باعتبار عسرة ويسرة وذكر الخصاف السراويل
في كسوة الشتاء دون الصيف ولم يذكره محمد أصلا قال السرخسي لم يوجب محمد الإزار لأنه للخروج وليس لها ذلك ولهذا لم يوجب لها
الخف انتهى وقيل لاختلاف عرف والعرف إيجاب السراويل في الصيف والشتاء تلبسه في البيت والقاضي ينظر إلى عرف كل قوم
فيفرض بالعرف فعلى المعسر قال محمد درع يهودي وملحفة زطية وخمار سابوري أرخص ما يكون مما يدفع في الشتاء وعلى الموسر
يهودي أو هروي وملحفة دينورية وخمار إبريسم وكساء آذربيجاني ولها في الصيف درع سابوري وملحفة كتان وخمار إبريسم
ثم ذكر في الأصل الدرع والخصاف القميص ومما قالوا إن القميص يكون مشقوقا من قبل الكتف والدرع من قبل الصدر ويجب لها
في الشتاء اللحاف وفراش النوم وفي كسوة الخادم ذكروا الإزار والخف والمكعب وفي الخلاصة هذا في ديارهم بحكم العرف
أما في ديارنا يفرض المكعب ويفرض ما تنام عليه وينبغي أن يكون لها فراش على حدة ولا يكتفى بفراش واحد لهما لأنها قد تعتزل
في الحيض والمرض وفي الأثر فراش لك وفراش لأهلك وفراش للضيف والرابع للشيطان وإذا أرسل ثوبا فاختلفا فقالت
هدية وقال من الكسوة فالقول له فإن أقام البينة على إقرار كل منهما بدعوى الآخر أو على نفس مدعاه فالبينة بينة الزوج لأنه هو المدعي
للقضاء وكذا في دراهم فقالت هدية وقال نفقة أو قال من المهر وقالت نفقة وكذا في جميع قضاء الديون إذا كانت من وجوه مختلفة
قوله ووجهه أن كفايتها الخ ظاهر من الكتاب ثم هل يراد بالخادم مملوكها أو أعم منه قال بعض المالكية فلو لم يكن لا تستحق وقال
بعضهم كل من يخدمها حرة كانت أو أمة لها أو لغيرها وفي الفتاوى الصغرى لو كانت المنكوحة أمة لا تستحق نفقة الخادم و[illegible]
الأشراف ويوافقه ما قيد به الفقيه أبو الليث كلام الخصاف حيث قال في أدب القاضي فرض ما يحتاج إليه من الدقيق والدهن
واللحم والإدام فقالت لا أخبز ولا أطبخ ولا أعالج شيئا من ذلك لا تجبر عليه وعلى الزوج أن يأتي بمن يكفيها عمل ذلك قال الفقيه

وقال ابو يوسف تفرض لخادمين لانها تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا اقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية وقوله في الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الاصح خلافا لما قاله محمد رحمه الله لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي يفرق

هذا اذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز او كانت ممن لا تباشر ذلك بنفسها فان كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه ان يأتيها بمن يكفيها وفي بعض المواضع تجبر على ذلك قال السرخسي لا تجبر ولكن اذا لم تطبخ لا يعطيها الادام وهو الصحيح وقالوا ان هذه الاعمال واجبة عليها ديانة ولا يجبرها القاضي على ما سنذكره الينا ان شاء الله تعالى **قوله** وقال ابو يوسف لخادمين وكذا ذكر في فتاوى اهل سمرقند ووجه الدفع ظاهر من الكتاب **قوله** ولانه لو تولى الزوج كفايتها بنفسه خدمة كان كافيا قد يمنع هذا على رواية عن ابي يوسف في الاقضية ولو قال الزوج انا اخدمها عن ابي يوسف لا يقبل منه ذلك وقال بعض مشايخنا يقبل وعن ابي يوسف في رواية اخرى اذا كانت فائقة في الغنا زفت اليه مع خدم كثير استحقت نفقة الكل عليه وهي رواية هشام عن محمد واختارها الطحاوي **قوله** خلافا لما يقوله محمد وهو انه اذا كان لها خادم يفرض لها لانها لم تكتف بخدمة نفسها فيجبر ولو كان معسرا وجه الظاهر انها حيث تكتفي بخدمة نفسها وانما الخادم لزيادة التنعم فلا يلزمه الا حالة اليسار لان المعسر انما يلزمه ادنى الكفاية وهذا يخالف ما ذكر المصنف من لزوم اعتبار حالهما وانه عند اعساره دونها ينفق بقدر حاله والباقي دين عليه وقياسه انه تجب نفقة الخادم دينا عليه ولو لم يكن للمرأة خادم لا يجب لها النفقة لان استحقاقها النفع حاجتها وحاجتها الى النفقة للخادم انما تتحقق عند وجوده وصار كالقاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال والغازي اذا شهد الوقعة بلا فرس واضحى فانه الفارس لا يسهم له سهم الفرس والله اعلم ولو كانت له اولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين او اكثر اتفاقا وفي المجتبى امرأة لها مماليك قالت لزوجها انفق عليهم من مهري فانفق فقالت لا اجعلها من المهر لانك استخدمتهم فما انفق بالمعروف محسوب عليها لانه بامرها **قوله** ومن اعسر بنفقة امرأته الخ بقولنا قال الزهري وعطاء وابن يسار والحسن البصري والثوري وابن ابي ليلى وابن شبرمة وحماد وابن ابي سليمان و الظاهرية ومعنى الاستدانة ان تشتري الطعام على ان يؤدي الزوج ثمنه وقال الخصاف الشري بالنسيئة لتقضي الثمن من مال الزوج ويقول الشافعي قال مالك واحمد في ظاهر قوله وعنه رواية كقولنا وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن وهذا التفريق فسخ عند الشافعي واحمد طلاق عند مالك ولو امتنع عن الانفاق عليها مع اليسر لم يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها فان لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ وعن هذا ما ذكر في النهاية حيث قال ثم اعلم ان ظهور العجز عن النفقة انما يكون اذا كان الزوج حاضرا اما اذا غاب غيبة منقطعة ولم يخلف لها النفقة فرفعت الامر الى القاضي فكتب القاضي الى عالم يرى التفريق بالعجز عن النفقة فرق بينهما هل تقع الفرقة قال الشيخ الامام ابو الحسن السغدي نعم اذا تحقق العجز عن النفقة قال صاحب الذخيرة في هذا الجواب نظر فالصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضاء الى قاض آخر فامضاه جاز قضاؤه والصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا ان العجز لم يثبت ذكره في الفصل الثاني من فصول الامام الاستروشني فيكون الشهود علمت مجازفتهم فلا يقضى بها كما ذكر ظهير الدين واعلم ان الفسخ اذا غاب ولم يترك لها النفقة يمكن بغير طريق اثبات عجزه بمعنى فقده وهو ان تتعذر النفقة عليها قال القاضي ابو الطيب من الشافعية اذا تعذرت النفقة عليها لغيبته ثبت لها الفسخ

لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتأخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها

قاله في الحلية وله وجه جيد فلا يلزم شيء مما قال ظهير الدين **قوله** لانه عجز الخ استدلوا بالمنقول والمعقول اما المنقول فما في سنن النسائي عن ابي هريرة عن النبي عم وساق الحديث الى ان قال وابدأ بمن تعول فقيل من اعول يا رسول الله قال امرأتك تقول اطعمني والا فارقني خادمك يقول اطعمني واستعملني وولدك يقول الى من تتركني هكذا في جميع نسخ النسائي وهو عنده من حديث سعيد بن ابي ايوب عن محمد بن عجلان عن زيد بن اسلم عن ابي صالح عن ابي هريرة وسعيد ومحمد ثقتان وقال الدارقطني ثنا ابو بكر الشافعي ثنا محمد بن بشر بن مطر ثنا شيبان بن فروخ ثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن ابي صالح عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال المرأة تقول لزوجها اطعمني او طلقني الحديث قال الدارقطني حدثنا عثمان بن احمد السماك وعبد الباقي بن قانع واسمعيل بن علي قالوا اخبرنا احمد بن علي الخزاز ثنا اسحق بن ابراهيم البادردي ثنا اسحق بن منصور ثنا حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما وبهذا الاسناد الى حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن ابي صالح عن ابي هريرة عنه عم مثله وقال سعيد بن منصور في سننه ثنا سفيان عن ابي الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ايفرق بينهما قال نعم قلت سنة قال سنة وهذا ينصرف الى سنة عم وغايته ان يكون من مراسيل سعيد والشافعي يقول بها وانتم تقولون بالمرسل مطلقا واما المعقول فالقياس على الجب والعنة بل اولى لان البدن يبقى بلا وطء ولا يبقى بلا قوت والثابت ان منفعة الجماع مشترك بينهما فاذا ثبت في المشترك جواز الفسخ لعدمه ففي المختص بها اولى وقياسا على المرقوق فانه يبيعه اذا اعسر بنفقته **قوله** ولنا المنقول والمعنى اما المنقول فقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وغاية النفقة ان تكون دينا في الذمة وقد اعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالانتظار بالنص واما المعنى فهو ان في الزام الفسخ ابطال حقه بالكلية وفي الزام الانظار عليها والاستدانة عليه تأخير حقها دينا عليه فاذا دار الامر بينهما كان التأخير اولى وبه فارق الجب والعنة والمملوك لان حق الجماع لا يصير دينا على الزوج ولا النفقة المملوك تصير دينا على المالك وتخليص المملوك لان في الزامه بيعه ابطال حق السيد الى خلف هو الثمن فاذا عجز عن نفقته كان النظر من الجانبين في الزامه بيعه اذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدله القائم مقامه للسيد بخلاف الزام الفرقة فانه ابطال حقه بلا بدل وهو لا يجوز بدلالة الاجماع على انها لو كانت ام ولد عجز عن نفقتها لم يعتقها القاضي عليه واما المروي عن سعيد بن المسيب في قوله انه سنة فلعله لا يريد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ثبت عنه اطلاق مثل ذلك غير مريد به ذلك قال الطحاوي كان زيد بن ثابت يقول المرأة في الارش كالرجل الى ثلث الدية فما زاد على الثلث فهي فيها على النصف من الرجل قال ربيعة عن عبد الرحمن قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امرأة قال عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين قال عشرون من الابل قلت فان قطع ثلثا قال ثلثون من الابل قلت فان قطع اربعا من اصابعها قال عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها قال انه السنة قال الطحاوي لم يكن ذلك الا عن زيد بن ثابت فسمى قوله سنة فيكون ما قاله ايضا واما ما عن ابي هريرة موقوفا عليه

احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج على مقدار نفقتها فيقضي لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض

بعد تسليم صحته والا فقد روي عن سعيد كقولنا فاضطرب المروي عنه فبطل ذكره ابن حزم وابن عبد البر واما المروي عن ابي هريرة مرفوعا عند النسائي والدارقطني فلا شك في ان رفعه غلط وانما هو من قول ابي هريرة روى البخاري في صحيحه من حديث ابي هريرة قال قال رسول الله عليه السلام افضل الصدقة ما ترك غنى وفي لفظ ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول تقول المرأة اما ان تطعمني واما ان تطلقني ويقول العبد اطعمني واستعملني ويقول الولد اطعمني الى من تدعني قالوا يا ابا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس ابي هريرة فثبت انه موقوف عليه بلا شبهة ثم ليس في قول ابي هريرة هذا ما يدل على ان الزوج يلزم بالطلاق فكيف وهو كلام عام منه لا يخص المعسر ولا الموسر ولا خلاف ان الموسر اذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل يحبس في احد الامرين فينا وهو الانفاق فعلى هذا لو سلم انه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما رواه الدارقطني كان معناه الارشاد الى ما ينبغي مما يدفع به ضرر الدنيا مثل واشهدوا اذا تبايعتم يعني ينبغي ان يبدأ بنفقة العيال والا قالوا لك مثل ذلك وشوشوا عليك اذا استهلكت النفقة لغيرهم كما ذكرنا واما ما تقدم من رواية الدارقطني عن ابي هريرة وقال مثله فليس المراد مثل ما ليس من قول سعيد بن المسيب بل مثل ما قبله من حديث ابي هريرة الذي سبق ذكره من رواية النسائي ورواية ذكره ابن القطان في الوهم والايهام قوله احالة الغريم على الزوج اي وان لم يرض الزوج وفي التحفة فائدة الامر بالاستدانة ان لصاحب الدين ان يأخذ دينه من الزوج او من المرأة وبدون الامر بالاستدانة ليس لرب الدين ان يرجع على الزوج بل عليها وهي ترجع على الزوج وهذا لان الاستدانة ايجاب الدين عليه منها وليس لها عليه هذه الولاية وفائدة اخرى وهي انها لا تسقط بموت احدهما في الصحيح بخلاف القضاء وحده على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وفي شرح المختار المرأة المعسرة اذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسر او اخ فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن او الاخ بالانفاق عليها ويرجع به على الزوج اذا ايسر ويحبس الابن او الاخ اذا امتنع لان هذا من المعروف قال شارح الكنز تبين بهذا ان الادانة لنفقتها اذا كان الزوج معسرا وهي معسرة تجب على من كان تجب عليه نفقتها لولا الزوج وعلى هذا لو كان للمعسر اولاد صغار ولم يقدر على نفقتهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الاب كالام والاخ والعم ثم يرجع به على الاب قوله تمم لها نفقة اليسار هكذا مشى عليه ايضا صاحب الكنز بعد اعتبار حال الزوج والزوجة في وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه بانه نوع تناقض وان ما ذكره اول الباب قول الخصاف ثم بنى الحكم على قول الكرخي ولو كان فرض على قدر حاله او حالها مقدارا ثم غلا السعر كان لها ان تطالبه في ان تزيد في الفرض ولو كان على قلبه كان للزوج ان ينقص قوله وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب لان النفقة تجب شيئا فشيئا في المستقبل فلا يتقرر حكم القاضي فيها بخصوص مقداره ولانه كان بشرط الاعسار في التقدير وقد زال فيزول هذا قوله لم ينفق الزوج عليها بان غاب عنها او كان حاضرا او امتنع والحاصل ان نفقتها لا تثبت دينا في ذمته الا بالقضاء القاضي بفرض او اصطلاحهما على مقدار فانه يثبت ذلك المقدار في ذمته دينا اذا لم يعطها وهو رواية عن احمد وفي رواية اخرى وهو قول مالك والشافعي تصير دينا عليه الا اذا كانت اكلت معه بعد الفرض فانها تسقط بالمضي عند مالك والشافعي في الاصح قوله لانها صلة اي من وجه قوله ليست بعوض اي من كل وجه بل هي عوض من وجه دون وجه

وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي رحمه الله تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه وان اسلفها نفقة السنة اى عجلها ثم مات لم يسترجع منها شئ وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شئ منها بالاجماع وعن محمد رحمه الله انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها شئ لانه يسير فصار في حكم الحال واذا تزوج العبد

وذلك لانها جزاء الاحتباس فمن حيث انه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة واصلاح امر المعيشة والاستئناس هي عوض ومن هذا الوجه وجبت على المكاتب ومن حيث انه لاقامة حق الشرع وامور مشتركة كاعفاف كل الآخر وتحصينه عن المفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد وتهيئة التكاليف الشرعية هي صلة كرزق القاضي والمفتي فلا تملك الا بالقبض فلاعتبار انها عوض قلنا تثبت اذا قضى بها او اصطلحا لان ولاية الزوج على نفسه اعلى من ولاية القاضي عليه ولاعتبار انها صلة قلنا تسقط اذا مضت المدة من غير قضاء ولا اصطلاح عملا بالدليلين بقدر الامكان وذكر في الغاية معزوا الى الذخيرة ان النفقة ما دون الشهر لا تسقط فكانه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه اذ لو سقطت بمضي يسير من الزمان لما تمكنت من الاخذ اصلا وهذا حق وقد تم الوجه وقوله في الكتاب فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء على ما حملنا كلامه فيه من اثبات انه صلة من وجه مترتب على ترددها بين الصلة المحضة والعوض المحض ولو اختلفا فيما مضى من المدة في وقت القضاء القول قول الزوج والبينة بينة المرأة ومن ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد فاقام البينة لا نفقة لها وكذا اذا كان الزوج هو المنكر ولقائل ان يقول ينبغي ان تجب لانها صارت مكذبة شرعا وكذا الزوج والا فلا يخفى ما فيه من الاضرار وفتح باب الفساد خصوصا عند اضطرارها للنفقة لحبسها **قوله** وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة هذا التقييد لبعد السقوط بالقضاء بحالة حياتهما فانه مطلقة تشمل ما اذا كان امرها بالاستدانة او لم يامرها فوافق قول الخصاف والصحيح ما ذكر الحاكم الشهيد انه اذا كان امرها بالاستدانة لا تسقط بالموت لان الاستدانة بامر من له ولاية تامة عليه عند رفع قضيتها اليه وهو القاضي فكان كاستدانته بنفسه فلا يسقط بموت احدهما وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الامر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لا تسقط **قوله** لان النفقة صلة والصلة تبطل بالموت فان قيل قد قلتم انه استحكم هذا الدين بحكم القاضي وجعلتموه مؤكدا للاستحقاق كالقبض في الهبة فينبغي ان يبقى الوجوب بعد الموت كالهبة المقبوضة فالجواب ان بالقضاء لا يتغير معنى الصلة بل يوجب تاكد هذه الصلة فتصير صلة كغير الصلة واذا كان معنى الصلة باقيا اثر الموت في سقوطها بسبب انه يبطل الاهلية بالكلية فكان اقوى من ابطال الصلة فيحتاج للاستحكام من وجه يلزم بعد الموت الى زيادة وهو الامر بالاستدانة وفي حال الحيوة لم تبطل الاهلية فيستحكم بمجرد التاكد بالقضاء **فرع** ابرأت الزوجة من النفقة بل يصح ويلزم ان كانت غير مفروضة لا يصح لانه ابراء قبل الوجوب وان كان القاضي فرضها كل شهر كذا وكذا صح في الشهر الاول فقط وكذا لو قالت ابرأتك من نفقة سنة لا يبرأ الا من شهر الا ان يكون فرض لها كل سنة كذا لان القاضي اذا فرض كذا كل شهر فانما فرض منها يتجدد الشهر فما لم يتجدد الشهر لم يتجدد الفرض وما لم يتجدد الفرض لم تجب نفقة الشهر فلا يصح الابراء عنها ولو ابرأته بعد ما مضى اشهر برئ عما مضى وعن شهر فيما يستقبل **قوله** وما بقي للزوج فترده وكذا ترد قيمة المستهلك ولا ترد قيمة الهالك بالاتفاق والنشوز على قولهما والطلاق قبل الدخول سواء وفي نفقة المطلقة اذا مات الزوج اختلفوا فقيل ترد وقيل لا تسترد بالاتفاق لان العدة قائمة في موته كذا في الاقضية **قوله** ولا رجوع في الصلات بعد الموت بخلاف القاضي ونحوه لان تصرف الامام في بيت المال مقيد بشرط النظر والنظر ان يؤخذ منه ويعطى لمن يلي بعده من القضاة **قوله** وعن محمد وهو رواية ابن رستم عنه لا ترد نفقة الشهر وما دونه فلم يذكر وجعلها في السنة حتى لا يكون فيها خلاف عن محمد وكذا لو قبضت نفقة اشهر فمات احدهما والباقي شهر فاقل

فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه إذا تزوج بإذن المولى لأنه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله أن يفدي لأن حقها في النفقة لا في عين الرقبة ولو مات العبد سقطت وكذا إذا قتل في الصحيح لأنه صلة وإن تزوج الحر أمة فبوأها مولاها معه منزلا فعليه النفقة لأنه تحقق الاحتباس وإن لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس والتبوئة أن يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لأنه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته الجارية أحيانا من غير أن يستخدمها لا تسقط النفقة لأنه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وأم الولد في هذا كالأمة **فصل** وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله إلا أن تختار ذلك لأن السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد أوجبه الله تعالى

لا يرجع بشيء وفي الذخيرة ونفقة العدة تسقط بمضي المدة كنفقة النكاح فلو فرض لها النفقة فيها فلم تقبضها حتى انقضت عدتها لم يذكره محمد وهي على القياس في الموت قال الحلواني فيه كلام وفي الخلاصة من الفتاوى الصغرى عن الحلواني قال المختار عندي لا تسقط **قوله** فنفقتها دين عليه أي إذا قضى القاضي بها فيباع فيها فإذا اشتراه من علم به أو لم يعلم ثم علم فرضي فظهر السبب في حقه أيضا فإذا اجتمعت عليه النفقة مرة أخرى يباع ثانيا وكذا حاله عند المشتري الثالث وهلم جرا ولا يباع مرة بعد أخرى إلا في دين النفقة لأنها تتجدد شيئا فشيئا على حسب تجدد الزمان على وجه لم يظهر في حق السيد فهو في الحقيقة دين حادث عند المشتري فأما إذا لم يعلم المشتري بحاله أو علم بعد الشراء أو لم يرض فله رده لأنه عيب اطلع عليه **قوله** بإذن المولى لأنه لو كان بغير إذنه فلا نفقة لها ولا مهر لعدم الصحة ولو دخل بها يطالب بالمهر بعد العتق ولو مات العبد بعد النكاح الصحيح والفرض سقطت النفقة والمهر ولا يطالب المولى بشيء لفوات محل الاستيفاء ولو كان مدبرا أو مكاتبا أو ولد أم ولد لا يباع في النفقة لعدم جواز البيع إلا أن المكاتب إذا عجز يباع ح لأنه قن قبل النقل بهذا ولا نفقة تجب لولد العبد عليه لأن أمه إن كانت أمة فالولد عبد لمولاها فنفقته على المولى وإن كانت حرة فهو حر ولا تجب نفقة حر على مملوك وعلى هذا مولاه لأن ولده أجنبي منه وكذا المكاتب لا تجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة أو أمة لهذا المعنى وإن كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الأم لأن الولد تابع للأم في كتابتها حتى كان كسب الولد لها وكذا أرش الجناية عليه **قوله** في الصحيح احترازا عما عن الكرخي تنتقل إلى قيمته لأنها خلفه قال الشيخ أبو الحسن القدوري هذا ليس بصحيح لأن النفقة تسقط بالموت لأنها في معنى الصلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة إنما تقام مقام الرقبة في دين لا يسقط بالموت **قوله** وإن تزوج الحر أمة قيد الحر اتفاقي لا فرق بين الحر والعبد والمدبر والمكاتب في عدم وجوب النفقة قبل التبوئة وإنما خصه بالذكر ليعلم النفي في الباقي بالطريق الأولى لأنه فإذا لم تجب على الحر الذي هو أدخل في أهلية وجوب المال عليه فيلزم أن لا يجب على ما ذكر **قوله** لعدم الاحتباس أي بين الزوج والمنع من السيد وإن كان لحقه لا يثبت معه الموجب وهو احتباس الزوج ولا موجب غيره بخلاف منعها نفسها لحقها كالمهر فإن فوات الاحتباس الموجب من قبل الزوج فيجعل ثابتا وليس هنا كذلك **قوله** والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح في باب نكاح الرقيق ولا شك أن حق الاستخدام يتجدد بتجدد المنافع التي تتجدد على ملكه فإذا بوأها فقد ترك حقه ما دام لم يستردها واسترداده له ذلك ليس رجوعا فيما أسقط بل طلب حقه فيما يستقبل أو الحال وعلى ذلك لذا كان له أن يبوئها ثم يستردها ثم يبوئها ثم يستردها وهلم جرا إلا أنه كلما استردها سقطت فإذا رجع فبوأها وجبت ولو خدمت المولى أحيانا من غير استخدام واسترداد لا تسقط نفقتها لأنه لم تبطل التبوئة بذلك لعدم الاسترداد **قوله** والمدبرة وأم الولد في هذا أي في وجوب النفقة على الزوج بشرط التبوئة كالأمة ولم يذكر معها المكاتبة لأنها في استحقاق النفقة إذا تزوجت بإذن المولى كالحرة لاختصاصها بنفسها ومنافعها بحكم عقد الكتابة

فصل قوله ليس فيها أحد من أهله وأما أمته فقيل أيضا لا يسكنها معها إلا برضاها والمختار أن له ذلك لأنه يحتاج إلى استخدامها في كل وقت فإذا أفردها في بيت لا يتمكن من ذلك غير أنه لا يطؤها بحضرتها كما أنه لا يحل له وطء زوجته بحضرتها ولا

مفردة باستقلالها وإذا وجبت حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعهما عن المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار لانها رضيت بانتقاص حقها وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها لما بينا ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها من الدخول عليها لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار والدوام لان الفتنة في اللبث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل

بجنبة الغيرة **قوله** مقرونا بالنفقة في قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فان المراد وانفقوا عليهن من وجدكم وكذلك قرأ ابن مسعود والسكنى بالملك او الاجارة والعارية وجبة اجماعا **قوله** ليس له ان يسكنها معها قيل الا ان يكون صغيرا لا يفهم الجماع فله ان يسكنه معها **قوله** ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها اقتصر على الغلق فافاد انه وان كان الخلاء مشتركا بعد ان يكون له غلق ليس لها ان تطالبه بمسكن آخر وبه قال القاضي الامام لان الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال وفي المراد من كون الخلاء مشتركا بينه وبين غير الاجانب والذي في شرح المختار لو كانت في الدار بيوت وابت ان تسكن مع ضرتها او مع احد من اهله ان اخلا لها بيتا وجعل له مرافق وغلقا على حدة ليس لها ان تطلب بيتا ولو شكت انه يضربها او يؤذيها ان علم القاضي ذلك زجره وان لم يعلم سال من جيرانه فان لم يوثق بهم او كانوا يميلون اليه اسكنها بين قوم اخيار يعتمد القاضي على خبرهم **قوله** لما فيه اي المنع من المكالمة من قطيعة الرحم في الصحيح لا يدخل الجنة قاطع رحم وفيه من حديث ابي هريرة قال ان الرحم شجنة من الرحمن قال الله من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته الشجنة بكسر الشين وضمها قال ابو عبيد قرابة مشتبكة كاشتباك العروق وقال الخطابي يعني بالشجنة الوصلة **قوله** وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول اليها في كل جمعة ظاهر الخلاصة ان في كل جمعة يتصل بكل من خروجها ودخوله فانه قال في الفتاوى للزوج ان يضرب المرأة على اربع خصال وما هو في معنى الاربع ترك الزينة والزوج يريدها وترك الاجابة اذا دعاها الى فراشه وترك الصلوة في رواية والغسل والخروج من البيت اما لا تمنع من زيارة الابوين في كل جمعة وفي زيارة غيرهما من المحارم في كل سنة وكذا اذا اراد ابوها او قريبها ان يجيء اليها في الجمعة والسنة انتهى وقوله وهو الصحيح احتراز عما ذهب اليه ابن مقاتل من انه لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر وعن ابي يوسف في النوادر تقييد خروجها بان لا يقدرا على اتيانها فان كانا يقدران على اتيانها لا تذهب وهو حسن فان بعض النساء لا يشق عليها مع الاب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج فتمنع وقد اختار بعض المشائخ منعها من الخروج اليهما وقد اشار الى نقله في شرح المختار والحق الاخذ بقول ابي يوسف اذا كان الابوان بالصفة التي ذكرت وان لم يكونا كذلك ينبغي ان ياذن لها في زيارتهما في الحين بعد الحين على قدر متعارف اما في كل جمعة فهو بعيد فان في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا اذا كانت شابة والزوج من ذوي الهيآت بخلاف خروج الابوين فانه ايسر ولو كان ابوها زمنا مثلا وهو يحتاج الى خدمتها والزوج يمنعها من تعاهده فعليها ان تعصيه مسلما كان الاب او كافرا وفي مجموع النوازل فان كانت قابلة او غسالة او كان لها حق على آخر او لآخر عليها حق تخرج بالاذن وبغير الاذن وخروجها الى الحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة لا ياذن لها ولا تخرج ولو اذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام فان ارادت ان تخرج الى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك فان وقعت لها نازلة ان سال الزوج من العالم واخبرها بذلك لا يسعها الخروج وان امتنع من السوال يسعها ان تخرج بغير رضاه وان لم يقع لها نازلة لكن ارادت ان تخرج لتتعلم مسئلة من مسائل الوضوء والصلوة وان كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر معها له ان يمنعها وان كان لا يحفظ الاولى ان ياذن لها احيانا وان لم ياذن فلا شيء عليه ولا يسعها الخروج ما لم تقع لها نازلة وفي الفتاوى في باب القراءة المرأة قبل ان تقبض مهرها لها ان تخرج في حوائجها وتزور الاقارب بغير اذن الزوج فان اعطاها المهر ليس لها الخروج الا باذنه

يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها ان تاخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لاسيما هنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب

الزوج ولا تسافر مع عبدها خصيا كان او فحلا وكذا ابوها المجوسي والمحرم غير المراهق بخلاف المراهق وحده ثلاثة عشر او اثنى عشر سنة ولا تكون المرأة محرما لامرأة وحيث ابحنا لها الخروج فانما يباح بشرط عدم الزينة وتغير الهيئة الى ما لا يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة قال الله تعالى ولا تبرجن تبرج الجاهلية الاولى وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالف فيه قاضي خان قال في فصل الحمام من فتاواه دخول الحمام مشروع للنساء والرجال جميعا خلافا لما قاله بعض الناس روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الحمام وتنور وخالد بن الوليد دخل حمام حمص لكن انما يباح اذا لم يكن فيه انسان مكشوف العورة انتهى وعلى ذلك فلا خلاف في منعهن من دخوله للعلم بان كثيرا منهن مكشوف العورة وقد وردت احاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤيد قول الفقيه منها ما في النسائي والترمذي وحسنه والحاكم وصححه على شرط مسلم عن جابر رضي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام الا بمئزر ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام وعن عائشة رض قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحمام حرام على نساء امتي رواه الحاكم وقال صحيح الاسناد وورد استثناء النفساء والمريضة رواه ابو داود وابن ماجه عن ابن عمر رضي الله عنهما قال ستفتح عليكم ارض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلها الرجال الا بالازار وامنعوها النساء الا مريضة او نفساء رواه ابو داود وابن ماجه وفي سندها عبد الرحمن بن زياد بن انعم الافريقي وهو مختلف فيه قال احمد ليس بشئ وقال ابن حبان يروي الموضوعات عن الثقات قال الحافظ المنذري وفيما قاله نظر لم يذكره البخاري في كتاب الضعفاء وكان يقوي امره ويقول هو مقارب الحديث وقال الدارقطني ليس بالقوي ووثقه يحيى بن سعيد وروى عباس عن يحيى بن معين ليس به باس وقال ابو داود قلت لاحمد بن صالح يحتج به يعني عبد الرحمن بن زياد فقال نعم

قوله يعترف به وبالزوجية في حق الزوجية كان ينبغي ان يزيد قوله والنسب في الولد والوالد لانه رتب على ما ذكر من الاعتراف **قوله** فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك اي كلا الامرين اما لو علم احدهما احتاج في القضاء بالمرفوع اليه الى اقرار من عنده او عليه في الصحيح دون البينة **قوله** واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لاسيما هنا فانه اولى ان يقبل اقراره على نفسه بثبوت حق الاخذ لها مما في يده او عليه اذا كان دينا وذلك لانه لا طريق الى اثبات حق الاخذ لها مما في يده او عليه اذا كان دينا الا اعترافه بخلاف غيره فان الحق يثبت فيه بالبينة كما يثبت بالاعتراف ولاسيما مركب من لا النافية للجنس ومنفيها وسي ومعناه المثل قال الشاعر ؎ فاياكم وحية بطن واد ✽ هموس الناب ليس لكم بسي ✽ اي بمثل ولاسيما وهو واحد سيان من قولك هما سيان واصله سوي قلبت الواو ياء اما لسكونها بعد كسرة او لاجتماعها مع الياء وسبق احداهما بالسكون فان جررت ما بعدها كزيد في مثل قولك اكرمني القوم لاسيما زيد فهو على ان سي مضاف الى زيد وما زائدة مقحمة كقوله ؎ كما حي وان امروا ءه داود الذي ورد وان رفعته فعلى ان سيا يضاف الى ما وهو موصول اسمي حذف صدر صلته والتقدير لا مثل الذي هو زيد وجاز كونه مضافا مع ان اسم لا يجب كونه نكرة لانه بمعنى مثل ومثل لا يتعرف بالاضافة وخبر لا محذوف واذا كان كذلك ففي كلا الوجهين خروج عن الاصل في الجر بالزيادة بين المضاف والمضاف اليه وفي الرفع بحذف صدر صلة الموصول وهو انما يقاس اذا طالت الصلة واختار المحققون الجر على الرفع لان زيادة ما اوسع من حذف المبتدأ مع ما ينضم اليه من كونه في خصوص ذلك الموقع وقد يقال زيادة ما في نفسه كثير ولكن بين المتضائفين ممنوع

[illegible] ذكرنا [illegible] كما لو كان المال وديعة [illegible] في الدين [illegible] دراهم أو دنانير أو طعاما أو كسوة من جنس حقها
أما إذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لأنه يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق [illegible] في كل فصل
لما بينا [illegible] قال ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب لأنها ربما استوفت النفقة أو طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا
وبين الميراث إذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند أبي حنيفة لأن هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله
ما أعطاها النفقة نظرا للغائب قال ولا يقضى بنفقة في مال غائب إلا لهؤلاء [illegible] لأن نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم أن يأخذوا
بأنفسهم فكان قضاء القاضي إعانة لهم أما غيرهم من المحارم فنفقتهم إنما تجب بالقضاء لأنه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فأقامت البينة على الزوجية أو لم يخلف مالا
فأقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك لأن في ذلك قضاء على الغائب وقال زفر يقضي فيه بنفقتها ولا يقضى بالنكاح لأنه نظر لها ولا ضرر فيه
على الغائب فإنه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها وإن جحد يحلف فإن نكل فقد صدق وإن أقامت بينة فقد ثبت حقها وإن عجزت يضمن الكفيل أو المرأة قال وعمل القضاة اليوم على هذا
أنه يقضى بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسألة أقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها

فتدبر في وأما نصب اليدين فقال ابن الديان صاحب الغرة لا أعرف له وجها وعن نجم الأئمة ذكر ابن معطي في فصوله في المستثنى بلا سيما سوى الجر
والرفع وذكر بيت امرئ القيس ألا رب يوم لك منهن صالح ولا سيما يوم بدارة جلجل بالوجهين ولم يذكر فيه النصب لكن قد روي بالنصب
فيه أيضا فقيل على الظرف وقيل على التشبيه بالمفعول وقيل مجموع لا سيما بمنزلة إلا ومعنى الإخراج الذي يقتضيه إلا فيها هو الإخراج من [illegible]
الحكم بإثبات ما هو أبلغ منه فإذا قلت أكرمني القوم لا سيما زيد فقد أثبت له أبلغ من إكرامهم وقد جاء تخفيفها بحذف إحدى الياءين فقيل الأولى
لأنها ساكنة وهي أضعف من المتحرك فكان حذفها أولى وقيل الثانية لأنها لام والإعلال في اللام أولى قوله وإذا ثبت في حقه بإقراره
أن حق الأخذ لها مما في يده تعدى إلى الغائب ضرورة أورد عليه طلب الفرق بين هذا وبين ما لو جاء صاحب الدين بمودع أو مديون للغائب
معترف بالدين والوديعة فإنه لا يقضي عليه بالدفع إلى صاحب الدين وأجيب بأن القضاء هنا نظر للغائب فإن في الأمر بالإنفاق إدامة
ملك الثابت بالنكاح والقائم ما هو في معنى نفسه أعني قرابة الولاد وليس في قضاء دينه ذلك بل هو قضاء عليه بقول الغير قوله فإنه لا يباع
على الحاضر حتى لو امتنع من أداء الدين وعنده أموال غير الأثمان لا يبيع عليه القاضي بل يأمره أن يبيع هو بنفسه فإن لم يفعل حبسه أبدا حتى يبيع لأن البيع
عليه حجر عليه ولا حجر على العاقل البالغ وعندهما يبيع على الحاضر إذا امتنع من البيع قوله ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة ثم إذا جاء الغائب فهو على حجته
في إعطاء النفقة وفي كل موضع جاز القضاء بالدفع كان لها أن تأخذ بغير قضاء وبه صرح شراح الهداية حديث هند امرأة أبي سفيان المتقدم ومن هذا لو كان
للغائب مال حاضر في بيته والقاضي يعلم الزوجية أطلق لها الأخذ منه ولا يكون هذا قضاء بل إفتاء والإفتاء لا يختص بسبب الزوجية ألا ترى أن من أقر بدين ثم غاب
وله مال حاضر من جنس الدين فطلب المقر له من القاضي الإفتاء يجيبه إلى ذلك قوله إلا لهؤلاء وهم الزوجة والوالدان والولد الصغير [illegible]
عليه الأولاد الكبار الإناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لأنهم كالصغار للعجز عن الكسب قوله فنفقة هؤلاء إنما تجب بالقضاء لا شك أن الوجوب ثابت
بدليل قبل القضاء حتى كان عليه أن ينفق عليهم إذا كانوا فقراء ديانة وإنما المراد أنه لما كان مجتهدا فيه فقد يمتنع تمسكا بقول من يرى أن لا تجب النفقة
فلا يتعين عليه قبل الوجوب إلا بالقضاء به فيتقوى تأديه وتتقرر في ذمته ويجبر عليه إذا امتنع وفي الكافي لو أنفق المديون أو المودع بنفقة [illegible]
بغير أمر القاضي ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع على من أنفق عليه ولو اجتمع الدين والوديعة فالقاضي يأمر بالإنفاق من الوديعة
أولا لأنه أنظر للغائب فإن الدين محفوظ لا يحتمل الهلاك بخلاف الوديعة قوله وفي هذه المسألة أقاويل مرجوع عنها منها قول أبي حنيفة
أولا إذا جحد المديون والمودع الزوجية يسمع بينتها على الزوجية لأنها تدعي حقا فيما في يده من المال بسبب فكان خصما في إثبات ذلك السبب كمن ادعى
عينا في يد إنسان أنه اشتراه من فلان الغائب ثم رجع إلى أنها لا تقبل منه وهو قولهما لأنها تثبت النكاح على الغائب ومن عنده المال
ليس خصما فيه ومنها ما قال به زفر من سماع بينتها على الزوجية ليفرض لها إذا لم يكن له مال حاضر ويأمرها بالاستدانة ثم رجع إلى قولهما وقول
زفر في ذلك مقرر ونقل مثل قول زفر عن أبي يوسف فتوى عمل القضاة لحاجة الناس إلى ذلك [illegible] وقع في الفتاوى امرأة أرادت
أن زوجها يطيل الغيبة عنها فطلبت كفيلا بالنفقة قال أبو حنيفة ليس لها ذلك وقال أبو يوسف آخذ كفيلا بنفقة شهر واحد استحسانا وعليه
الفتوى فلو علم أنه يمكث في السفر أكثر من شهر أخذ عند أبي يوسف الكفيل بأكثر من شهر وعن أبي يوسف أيضا لو كفل بنفقتها ما عاشت أو كل
شهر أو ما بقي النكاح بينهما صح وقال أبو حنيفة هو على شهر واحد ولو ضمن لها نفقة سنة جاز وإن لم تكن واجبة ولو طلقها رجعيا أو بائنا

فصل وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان أو بائنا وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة إلا إذا كانت حاملا
أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم لا سيما عندنا فإنه يحل له الوطء وأما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض
لي رسول الله عليه السلام سكنى ولا نفقة ولأنه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف
ما إذا كانت حاملا لأنا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن الآية ولنا أن النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا

بحالها كفل نفقة عدتها كل شهر لأن العدة من أحكام النكاح

فصل قوله وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة وهي المطلقة ثلاثا والمختلعة إذ لا مبتوتة عنده بغير ذلك إلا أن تكون حاملا فإن لها في بطنها ولدا
وحديث فاطمة بنت قيس رواه في صحيح مسلم أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله ما لك علينا من شيء
فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لك نفقة وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي عند ابن
أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك فإذا حللت فآذنيني قالت فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني فقال صلى الله
عليه وسلم أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي أسامة بن زيد فكرهته ثم قال انكحي أسامة بن زيد فنكحته فجعل الله فيه خيرا واغتبطت به وأخرجه مسلم
أيضا وقال فيه لا نفقة لك ولا سكنى ورواه أيضا وقال فيه أن أبا حفص بن المغيرة خرج مع علي بن أبي طالب رضي الله عنه فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس
بتطليقة كانت بقيت من تطليقها وعلى هذا تحمل رواية الثلاث على أنه أوقع واحدة هي تمام الثلاث وأمر لها الحارث بن هشام وعياش
بن أبي ربيعة بنفقة فسخطتها فقالا والله ليس لك نفقة إلا أن تكوني حاملا فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له قولهما فقال لا نفقة لك
زاد أبو داود في هذا بإسناد مسلم عقيب قول عياش بن أبي ربيعة والحارث بن هشام والنفقة لك إلا أن تكوني حاملا وفي شرح الكنز
نسبه إلى مسلم لكن الحق ما علمت وهو في رواية لمسلم أن أبا حفص بن المغيرة المخزومي طلقها ثلاثا ثم انطلق إلى اليمن فقال لها أهله
ليس لك علينا نفقة فانطلق خالد بن الوليد في نفر فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت ميمونة الحديث والجواب أن شرط
قبول خبر الواحد عدم طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض يجب تقديمه والمتحقق في هذا الحديث ضد كل من هذه الأمور
أما طعن السلف فقد طعن عليها فيه أكابر الصحابة ممن سنذكره مع أنه ليس من عادتهم الطعن بسبب كون الراوي امرأة ولكون الراوي أعرابيا
فقد قبلوا حديث فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد في اعتداد المتوفى عنها زوجها في بيت زوجها مع أنها لا تعرف إلا في هذا الخبر بخلاف فاطمة
بنت قيس فإنها تعرف ذلك الخبر وبخبر الرجال فعلته مع طول صحبته وإذا ثم قد ظهر لها من النفقة ما أفاد علما وجلالة وقدرا وهو ما في صحيح مسلم من أن مروان
أرسل إليها قبيصة بن أبي ذؤيب يسألها عن الحديث فحدثته به فقال مروان لم نسمع هذا الحديث إلا من امرأة سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس
عليها فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان بيني وبينكم القرآن قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة
مبينة إلى قوله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا قالت هذا لمن كانت له مراجعة فأي أمر يحدث بعد ذلك فكيف تقولون لا نفقة لها
إذا لم تكن حاملا فعلام تحبسونها وقبل عمر خبر الضحاك بن سفيان الكلابي وحده وهو أعرابي في نحو مثال أن رد عمر وغيره خبرها ليس إلا لعلمهم
من رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلافه وقد استقر الحال عليه بعده وكافة عن السلف إلى أن روت فاطمة هذا الخبر مع أن سر ما
رواه صريح بالدراية بخلافه في صحيح مسلم عن أبي إسحق قال كنت مع الأسود بن يزيد جالسا في المسجد الأعظم ومعنا الشعبي فحدث الشعبي
بحديث فاطمة بنت قيس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة فأخذ الأسود كفا من حصى فحصبه به وقال ويلك
تحدث بمثل هذا قال عمر لا نترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندري حفظت أم نسيت لها السكنى والنفقة قال الله تعالى
لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فقد أخبر أن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لها النفقة والسكنى

والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضي الله عنه فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت حفظت أم نسيت سمعت رسول الله عليه السلام يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت رضي الله عنه واسامة بن زيد وجابر وعائشة رضي الله عنهم ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها

ولا ريب في ان قول الصحابي من السنة كذا رفع فكيف اذا كان قائله عمر رضي الله عنه وفيما رواه الطحاوي والدارقطني زيادة قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة ثلثا النفقة والسكنى وغاية ما هنا ان تعارض روايتها برواية عمر فاي الروايتين يجب تقديمها وقال سعيد بن منصور ثنا معاوية ثنا الاعمش عن ابراهيم قال كان عمر رضي الله عنه اذا ذكر عنده حديث فاطمة قال ما كنا نغير في ديننا بشهادة امرأة فهذا شاهد على انه كان الدين المعروف المشهور وجوب النفقة والسكنى فنزل حديث فاطمة من ذلك منزلة الشاذ والثقة اذا شذ لا يقبل ما شذ فيه ويصرح بهذا ما في مسلم من قول مروان سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها والناس اذ ذاك هم الصحابة فهذا في المعنى حكاية اجماع الصحابة ووصفه بالعصمة وفي الصحيحين عن عروة انه قال لعائشة رضي الله عنها ألم تري الى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البتة فخرجت فقالت بئس ما صنعت قال ألم تسمعي الى قول فاطمة فقالت اما انه لا خير لها في ذكر ذلك فهذا غاية الانكار حيث نفت الخير بالكلية عنه وكانت عائشة اعلم باحوال النساء فقد كن يأتين الى منزلها ويستفتين عنهن وكثر وتكرر وفي صحيح البخاري عن عائشة انها قالت لفاطمة ألا تتقي الله تعالى يعني في قولها لا سكنى ولا نفقة وقال القاضي اسمعيل ثنا نصر بن علي حدثني ابي عن هارون عن محمد بن اسحق قال احسبه عن محمد بن ابراهيم عن عائشة قالت لفاطمة بنت قيس انما اخرجك هذا اللسان يعني انها استطالت على احمائها وكثر الشر بينهم فاخرجها لذلك وتقييد ثبوته عن عائشة ان سعيد بن المسيب قد احتج به وهو معاصر عائشة رضي الله عنها واعظم متتبع لاقوال من عاصره من الصحابة حفظا ودراسة ولولا انه علمه عنها ما قاله وذلك ما في ابي داؤد من حديث ميمون بن مهران قال قدمت المدينة فدفعت الى سعيد بن المسيب فقلت فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها فقال سعيد تلك امرأة فتنت الناس كانت لسنة فوضعت على يدي ابن ام مكتوم وهذا هو المناسب لمنصب ابن المسيب فانه لم يكن لينسب الى صحابية ذلك من عند نفسه كذلك هو والله اعلم مستند سليمان بن يسار حيث قال خروج فاطمة انما كان عن سوء الخلق رواه ابو داؤد في سننه وممن رده زوجها اسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم روى عبد الله بن صالح قال حدثني الليث بن سعد حدثني جعفر عن ابي هرمز عن ابي سلمة بن عبد الرحمن قال كان محمد بن اسامة بن زيد يقول كان اسامة اذا ذكرت فاطمة شيئا من ذلك يعني من انتقالها في عدتها رماها بما في يده انتهى فهذا لانه هو الذي تزوجها بامر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان اعرف بالمكان الذي نقلها عنه الى منزله حين بنى بها فلم يكن قطعا الا لعلمه بذلك غلطا منها او لعلمه بخصوص سبب جواز انتقالها من اللسن وخيفة المكان فقد جاء ذلك ايضا ولم يظفر المخرج بحديث اسامة فاستغربه والقاسم وقال الليث حدثني عقيل عن ابن شهاب اخبرنا ابو سلمة بن عبد الرحمن فذكر حديث فاطمة قال فانكر الناس عليها ما كانت تحدث من خروجها قبل ان تحل وفي معجم الطبراني بسنده عن ابراهيم ان ابن مسعود وعمر رضي الله عنهما قالا المطلقة ثلثا لها السكنى والنفقة واخرج الدارقطني عن حرب بن ابي العالية عن ابي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المطلقة ثلثا لها السكنى والنفقة قال عبد الحق انما يؤخذ من حديث ابي الزبير عن جابر ما ذكر فيه السماع او كان عن الليث عن ابي الزبير وحرب بن ابي العالية ايضا لا يحتج به ضعفه ابن معين والاشبه وقفه على جابر وهذا بتقدير تسليم ما ذكره من توهين رفعه يرد قول من ذكر ان جابرا على قول فاطمة وقد تم بما ذكرنا بيان المعارض والطعن واما بيان الاضطراب فقد سمعت في بعض الروايات انه طلقها وهو غائب وفي بعضها طلقها ثم سافر وفي بعض الروايات انها ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته وفي بعضها ان خالد بن الوليد ذهب في نفر فسألوه عليه السلام وفي بعض الروايات سمى الزوج ابا عمرو بن حفص وفي

الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيه الحيض فلا تجب بعقبها عليه ولان النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة

بعضها بالنفس بن المغيرة والاضطراب موجب لضعف الحديث على ما عرف في علم الحديث وممن رد الحديث زيد بن ثابت ومروان بن الحكم ومن التابعين ابن المسيب وشريح والشعبي والحسن بن حي والاسود بن يزيد ومن بعدهم الثوري واحمد بن حنبل وخلق كثير ممن تبعهم فان قيل فهذا العذر بتقدير ثبوته انما اسقط لك السكنى والحال انه عليه السلام قال لها لا نفقة لك ولا سكنى فما بنا ليس علينا او لا ان نشتغل ببيان العذر عما روت بل يكفي ما ذكرنا من انه شاذ مخالف لما كان الناس عليه ولم يرتجز في تركه كما هو في نفسه ما كان الا ان الاشتغال بذلك حسن حملا للرواية على الصحة ونقول فيه ان السكنى كان لما سمعت واما عدم النفقة فلان زوجها كان غائبا ولم يترك لها الا نفقة احد سوى الشعير الذي بعث به اليها فطالبت هي اهله على ما في مسلم من طريق انه طلقها ثلاثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها اهله ليس لك علينا نفقة الحديث فلذلك قال عليه السلام لها لا نفقة لك ولا سكنى على تقدير صحته لانه لم يخلف مالا عند احد وليس يجب لك على اهله شيء فلا نفقة لك على احد بالضرورة فلم تفهم هي الغرض عنه عليه السلام فجعلت تروي نفي النفقة مطلقا فوقع انكار الناس عليها ثم ان في كتاب الله تعالى من غير ما نظرت فيه فاطمة بنت قيس ما يفيد وجوب السكنى والنفقة لها وهو قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم قد علم ان المراد وانفقوا عليهن من وجدكم وبه جاءت قراءة ابن مسعود المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مفسرة له وهذه الآية انما هي في البوائن بدليل المعطوف وهو قوله تعالى عقيبه ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ولو كانت الآية في غير المطلقات او في الرجعيات كان التقدير اسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم فانفقوا عليهن من وجدكم وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ومعلوم انه لا معنى لجعل غاية ايجاب الانفاق عليها لو فان النفقة واجبة لها مطلقا حاملا كانت او لا وضعت حملها او لا بخلاف ما اذا كانت من البوائن فان فائدة التقييد بالغاية دفع توهم عدم النفقة على المعتدة الحامل في تمام مدة الحمل لطولها والاقتصار على قدر ثلاث حيض او ثلاثة اشهر وكذا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة فانه عام في المطلقات وقوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف يرجع الى الرجعيات منهن وذلك حكم خاص ببعض ما تناوله الصدر لا يبطل عموم الصدر **قوله** الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيها استيفاء في ان وجوبها بحق الشرع عبادة فانها لو لم تحض فيها انقضت العدة ما لم تظهر حبلى وكذا يدل عليه وجوبها بالموت قبل الدخول ويعارض ذلك انقضاؤها اذا لم تعلم بموته حتى مضت مدة العدة وانت اذا امعنت النظر فيما ذكرنا في باب العدة في مسئلة تداخل العدتين ظهر لك جواب هذا فارجع اليه واتقنه **قوله** وكل فرقة جاءت من قبل الزوجة بمعصية احترز به عما يجيء من قبل الزوج مطلقا وعما يجيء من قبلها بغير معصية فان لها النفقة فيهما والحاصل ان الفرقة اما من قبله او قبلها ففي الاول لها النفقة مطلقا سواء كانت بغير معصية مثل الفرقة بالطلاق او لعانه او عنته او جبه بعد الخلوة ويشكل على ايجاب النفقة للملاعنة ما قدمناه في باب اللعان في الحديث من انه عليه السلام لم يجعل لها بيتا ولا قوتا عليه او بمعصية مثل الفرقة بتقبيله بنت زوجته او ايلائه مع عدم فيئه حتى مضت اربعة اشهر او ابائه الاسلام اذا اسلمت هي او ارتداده فعرض عليه الاسلام فلم يسلم لان بمعصيته لا تحرم من النفقة واما الثاني ففي الفرقة بمعصية مثل تمكينها ابن الزوج او ابائها اذا اسلم هو وهي وثنية او مجوسية او ردتها فلا تجب لها النفقة لانها والحالة هذه حابسة نفسها بغير حق فكانت كالناشزة واما بغير معصية مثل الفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة

خروج قبل الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطء ولا كذلك ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم
الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله
سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة ثبتت بالطلقات الثلث
ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق

ووطء ابن الزوج لها مكرهة تجب لانها حبست نفسها بحق لها او مذرت شرعا فيه ولها السكنى في جميع الصور لان القرار في منزل الزوج حق
عليها فلا يسقط بمعصيتها اما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطها بمعصيتها **قوله** بخلاف المهر بعد الدخول يعني انه يجب لها وان جاءت الفرقة
من جهتها بمعصية لانه وجد الموجب لها وهو تسليم نفسها وتقرر الحق لها فيه قبل طرو المعصية **قوله** وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ
بالله سقطت نفقتها لا لعين الردة هنا لان الفرقة لم تجب بسببها في تمكينها ابن الزوج بعد الطلاق الثلاث سواء فكما لا تسقط
النفقة بالتمكين هنا لا تسقط النفقة بالتمكين هنا لا تسقط بالردة فانما تسقط في هذه الردة اذا خرجت وحبست اذ لا نفقة للمحبوسة
كما اشار اليه المؤلف في التعليل او اذا لحقت حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تحبس بعد هذه الردة كان لها النفقة ولو حبست او
لحقت فعادت الى الاسلام فرجعت الى بيتها عاد استحقاقها للنفقة وما ذكر في الجامع من قوله ولو عادت الى بيتها مسلمة
او مرتدة عادت نفقتها بخلاف ما بعد اللحاق يخالفه ما ذكر في الذخيرة لو عادت الى دار الاسلام فلها النفقة والسكنى
ووفق بحمل المذكور في الجامع على ما اذا حكم بلحاقها وما في الذخيرة على ما قبل الحكم به بخلاف ما اذا وقعت الفرقة بالردة
فانها لو اسلمت وعادت الى منزله لا تجب لها النفقة لانها المفوتة لملك النكاح وهو لا يعود بعودها الى المنزل مسلمة ولو كان تمكينها
وردتها في عدة الطلاق الرجعي سقطت النفقة كما لو كانا قبل الطلاق لقيام النكاح في الرجعي وفي شرح الطحاوي
الاصل ان كل امرأة كانت لها النفقة يوم طلقت ثم صارت الى حال لا نفقة لها يوم طلقت فليس لها النفقة بعد ولو
طلق الامة بائنا وكانت مبوأة معه بيتا فاخذها المولى الى خدمته بعد الطلاق سقطت نفقتها فان اعادها الى بيت الزوج
تأخذ النفقة ولو لم يكن بوأها المولى فطلقت فاراد ان يبوأها مع الزوج في العدة وتأخذ نفقتها لا تجب النفقة و
اورد عليه لو كانت ناشزة يوم الطلاق ثم عادت الى المنزل في العدة فانه تعود نفقتها واجيب بان النفقة كانت
واجبة الا انها منعت نفسها عن حق واجب لها فلها ان تعود فتأخذ وهذا لا يدفع الوارد على نقض الاصل المذكور ولو
تطاولت العدة كانت لها النفقة ما لم تدخل في سن الاياس فتعتد بثلاثة اشهر وعن هذا قلنا لو صالح المعتدة عن نفقة العدة
بشيء معلوم ان كانت العدة بالشهور جاز لانها معلومة وان كانت بالحيض لا يجوز لانها مجهولة لاحتمال ان
يمتد الطهر بها واذا لم تطالب المعتدة بالنفقة حتى انقضت العدة سقطت كالتي في العصمة الا ان يكون مفروضة
ولو ابرأته عن النفقة في المستقبل وهي زوجة لم يصح ولو ابرأته عنها في عقد الخلع صح لان الابراء في الخلع ابراء بعوض
وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز واما الاول فالابراء اسقاط واسقاط الشيء قبل وجوبه لا يجوز ثم القول
قول المطلقة في انقضاء العدة مع يمينها اذا كانت من ذوات الحيض ولو كانت ادعت حبلا وانفق عليها الى
سنتين فان قالت بعدها كنت اعتقدته حبلا فظهر انه ليس اياه وانا حائل لم احض وقال بل ادعيت الحبل
كذبا وظهر كذلك فلا نفقة لك لا يلتفت القاضي الى قوله ويأمره بالانفاق حتى تحيض ثلاث حيض او تدخل في سن الاياس
فتعتد بثلاثة اشهر ولو كانت صغيرة يجامع مثلها ينفق عليها الى ثلاثة اشهر وقال الفضلي لا تنقضي عدتها بذلك بل يوقف حالها الا انها لما

فصل ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة

بحلها فينفق عليها حتى تنقضي عدتها كذا ذكر هذا الفرع بعضهم وفي الخلاصة عدة الصغيرة ثلاثة اشهر الا اذا كانت مراهقة فينفق عليها ما لم يظهر
فراغ رحمها هذا في المحيط انتهى من غير ذكر خلاف وموضع فيما رجل غاب فتزوجت امرأته بآخر ودخل بها الزوج الثاني ثم جاء
الزوج الاول فرق بينها وبين الثاني ولا نفقة على الزوج الاول حتى تنقضي عدتها عن الثاني وان طلقها ... عدة الثاني
لم تجب نفقة العدة على الزوج الاول ولا على الثاني ما دامت في عدة الثاني فاذا انقضت عدة الثاني تجب ولو تزوجت المعتدة ودخل
بها زوجها لا تجب نفقة العدة على الزوج كما في الاقضية وفي الفتاوى قال تجب على الزوج الاول هكذا ذكر في المحيط وتأويله اذا
تزوجت في بيت العدة اما اذا خرجت فلا والله سبحانه اعلم

فصل قوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد قيد بالصغر فخرج البالغ وليس هذا على الاطلاق بل الاب اما غني او فقير
والاولاد اما صغار او كبار فالاقسام اربعة الاول ان يكون الاب غنيا والاولاد كبارا فاما اناث او ذكور فالاناث عليه نفقتهن الى ان يتزوجن
اذا لم يكن لهن مال وليس له ان يؤاجرهن في عمل ولا خدمة وان كان لهن قدرة واذا طلقت وانقضت عدتها عادت نفقتها على الاب والذكور
اما عاجزون عن الكسب لزمانة او عمى او شلل او ذهاب عقل فعليه نفقتهم وكذا اذا كان من ابناء الكرام لا يجد من يستأجره فهو عاجز وكذا طلبة العلم
اذا كانوا لا يهتدون الى الكسب فنفقتهم على آبائهم قال الحلواني رأيت في موضع هذا اذا كان بهم رشد وقوله لا يشاركه فيها احد على الاطلاق
في الصغار اما الكبار فعلى الظاهر كما سيأتي وان لم يكونوا عاجزين لا نفقة لهم الثاني ان يكون الاب غنيا وهم صغار فاما ان يكون لهم مال او لا
فان لم يكن فعليه نفقتهم الى ان يبلغ الذكر حد الكسب وان لم يبلغ الحلم فاذا كان هذا كان للاب ان يؤاجره وينفق عليه من اجرته
وليس له في الانثى ذلك فلو كان الاب مبذرا يدفع كسب الابن الى امين كما في سائر املاكه وان كان لهم مال فاما حاضر او غائب
فان كان حاضرا فنفقتهم في مالهم لا يجب على الاب شيء منها وان كان غائبا وجبت على الاب فان اراد الرجوع
في مالهم ينفق باذن القاضي في ذلك فلو انفق بلا امره ليس له الرجوع في الحكم الا ان يكون اشهد انه انفق ليرجع ولو لم يكن اشهد لكن انفق
بنية الرجوع لم يكن له في الحكم رجوع وفيما بينه وبين الله تعالى يحل له ان يرجع الثالث ان يكون الاب فقيرا فان كانوا اغنياء وكبارا قادرين
فلا اشكال ان نفقتهم عليهم وان كانوا صغارا اغنياء فكذلك ايضا الرابع ان يكونوا فقراء وهم صغار او كبار عاجزون والاب ايضا عاجز
عن الكسب فانه يتكفف الناس وينفق عليهم وقيل نفقتهم في بيت المال لان الاب اذا كان بهذه الصفة فنفقته في بيت المال وان كان
قادرا على الكسب اكتسب فان امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون ولا يحبس والد وان علا في دين ولده وان سفل الا في النفقة لان الامتناع
اتلاف النفس ولا يحل للاب ذلك وكذا لو عدا الاب على ابنه بسيف بحيث لو لم يدفع عنه الابن قتله حل له قتله واذا لم يف كسبه بحاجتهم او لم
يكتسب لعدم تيسر الكسب انفق عليهم القريب ويرجع على الاب اذا ايسر وفي جوامع الفقه اذا لم يكن للاب مال والجد او الام او الخال او العم موسر
يجبر على نفقة الصغير ويرجع بها على الاب اذا ايسر وكذا يجبر الابعد اذا غاب الاقرب ثم يرجع عليه فان كان له ام موسرة فنفقته عليها وكذا اذا لم
يكن له اب الا انها ترجع في الاول وما نقل عن ابن قدامة عن الائمة الاربعة من عدم الرجوع فيه نظر وان كان له جد وام موسران فنفقته عليهما على
قدر ميراثهما في ظاهر المذهب وروى الحسن عن ابي حنيفة انها على الجد وحده وجعله كالاب وبه قال الشافعي وفي نفقات الشهيد فلو امرأة ولها

لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الأب وإن كان الصغير رضيعا فليس على أمه أن ترضعه لما بينا أن الكفاية على الأب وأجرة الرضاع كالنفقة ولأنها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه
وقيل في تأويل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها بإلزامها الإرضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك إذا كان يوجد من ترضعه أما إذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر الأم على الإرضاع صيانة للصبي
عن الضياع قال ويستأجر الأب من ترضعه عندها أما استئجار الأب فلأن الأجر عليه وقوله عندها معناه إذا أرادت ذلك لأن الحجر لها وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز لأن
الإرضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها فإذا أقدمت عليه بالأجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز أخذ الأجر عليه
وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لأن النكاح قائم وكذا في المبتوتة في رواية وفي رواية أخرى جاز استئجارها لأن النكاح قد زال وجه الأولى أنه باق في حق بعض الأحكام ولو استأجرها
وهي منكوحته أو معتدته لإرضاع ابن له من غيرها جاز لأنه غير مستحق عليها وإن انقضت عدتها فاستأجرها يعني لإرضاع ولدها جاز لأن النكاح قد زال بالكلية وصارت كالأجنبية
فإن قال الأب لا أستأجرها وجاء بغيرها فرضيت الأم بمثل أجر الأجنبية أو رضيت بغير أجر كانت هي أحق لأنها أشفق فكان نظر الصبي في الدفع إليها وإن التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها
دفعا للضرر عنه وإليه الإشارة بقوله تعالى ولا مولود له بولده أي بإلزامه لها أكثر من أجرة الأجنبية ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه كما تجب
نفقة الزوجة على الزوج وإن خالفته في دينه أما الولد فلإطلاق ما تلونا ولأنه جزؤه فيكون في معنى
نفسه وأما الزوجة فلأن السبب هو العقد الصحيح فإنه بإزاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة

عنها فطالبت بحصتها فعلى الأم نفقتهم على الميراث أثلاثا إذا كانا موسرين ويكون دينا على الأب يرجع عليه إذا كان بأمر الحاكم قال الشافعي إذا
إذا كانت الحيضة منقطعة **قوله** لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وجه الاستدلال أنه أوجب على الأب رزق الوالدات وعبر
عنه بالمولود له للتنبيه على علة الإيجاب عليه وهو الولاد لما عرف من أن تعليق الحكم بالمشتق يفيد كون مبدأ الاشتقاق علة له فإذا وجب النفقة بغيره
بسببه فوجوب نفقته نفسه أولى وحين ثبت نفقته بطريق الأولى تبين أن نفقة الوالدات هي نفقة الولد لأن الولد يحتاج إليها في تحصيل ما يصلح به غذاؤه
حتى إن اللبن الذي هو مؤنته إنما يستحيل لبنا من غذائها فكان إيجاب نفقتها عليه إيجاب نفقته عليه إذ ليست النفقة سوى
إخراج ما يحتاج المحتاج إليه لكفايته وقد تقدم في الكتاب ما يشير إلى نفقة الخادم من نفقة المرأة وإن كانت نفقة شخص
آخر ويدخل فيها الكسوة والسكنى في الخلاصة قال هشام سألت محمدا عن النفقة فقال هي الطعام والكسوة والسكنى ولأنه جزؤه
فكان كنفسه **قوله** وليس على الأم أن ترضعه يعني في الحكم إذا امتنعت وإن كانت الزوجية قائمة وهو مقيد بالقيد الذي سنذكره
قوله وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم أي عدم الجبر بيان الحكم فيختار بمعنى أنها إذا امتنعت لا يجبرها القاضي عليه وهو واجب عليها
ديانة وكذا غسل الثياب والطبخ والخبز وكنس البيت واجب عليها ديانة ولا يجبرها القاضي عليه إذا امتنعت لأن المستحق عليها
بالنكاح تسليم نفسها للاستمتاع **قوله** وذلك أي عدم الجبر إذا وجد من ترضعه فأما إذا لم يوجد أو وجد ولم يقبل هو ثدي غيرها أجبرت
على إرضاعه صيانة له عن الضياع وذكر الحلواني أن ظاهر الرواية لا تجبر لأن الولد قد يتغذى بالدهن والشراب فلا يؤدي
ترك إجبارها إلى التلف وإلى الأول مال القدوري والسرخسي وهو الأصوب لأن قصر الرضيع الذي لم يأنس الطعام على الدهن
والشراب سبب تمريضه وموته **قوله** معناه إذا أرادت ذلك لأن الحجر لها أي التربية لها بحق الحضانة وعيانا على ما قد تقدم
وقد قيدنا من اختيار الفقيهين الهندواني والسمرقندي إنما تجبر على الحضانة وفي كلام الحاكم الشهيد بالقيد ومما قدمناه
ثم لا يلزم المرضعة أن تمكث في بيت الأم إلا إن شرط ذلك بل لها أن ترضعه ثم ترجع إلى منزلها فيما يستغني عنها فيه من الزمان و
تحمل الصبي معها إليها أو تقول أخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبي إلى أمه **قوله** وجه الأول لما كان التشبيه لا يستلزم عموم
وجه الشبه لم يكتف بقوله قبل هذا وكذا في المبتوتة في رواية بعد قوله وهذا يعني عدم الاستئجار في المعتدة عن طلاق رجعي رواية
واحدة لأن النكاح قائم وإلا لو اعتبر عموم الشبه كان ذلك تشبيها في الحكم والوجه والتغيير بما يكون تأخير ذلك جنحا للإيماء إلى أنه
المختار عنده وكذا ظاهر إطلاق القدوري المعتدة في قوله أو معتدته وإن كان يقابله هو ظاهر الرواية كما صرح به بعضهم إذ من عادته
تأخير ذكر وجه القول المختار والحاصل أن قيام العدة هو قيام نفس النكاح من وجه على ما حققناه في فصل المحرمات من كتاب النكاح فارجع
إليه ولهذا وجبت النفقة وامتنع شهادته لمعتدته عن ثلاث أو بائن وكذا لا يجوز استئجارها للإرضاع **قوله** وإن انقضت عدتها
فاستأجرها اعلم أن حاصل كلامهم أن الإرضاع واجب عليها مقيد بعدم الضرر بقوله تعالى لا تضار والدة بولدها والضرر يتحقق عند عجزها
عن إرضاعه إذا لزمت والعجز مبطن فأقيم امتناعها عنه مقام حقيقته لأن امتناعها عن الإرضاع مع وفور شفقة الوالدة ظاهر
في عجزها عنه فلذا لم تجبر عليه إذا امتنعت فإذا أقدمت عليه بالأجر وهي منكوحة أو معتدة عن رجعي أو مطلقا على ما هو الأوجه ظهر

بانقضاء

وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه

فصل وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت الآية في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الآباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم سببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد

عدم عجزها فظهر الوجوب عليها. لا اجر تستحق في مقابلة فعل الواجب ولا يخفى ان هذا المعنى بعينه ثابت فيما اذا استأجرها وهي منكوحة او معتدة لولدها منه بعد انقضائها العدة ومقتضاه ان لا يجوز بعد المدة ايضا كما قبلها وهذا لان الوالدات في قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن من الباينات فكان الايجاب عاما على المنكوحات والرجعيات والبوائن قبل العدة وفيها وبعدها والمانع من الاخذ الاجرة والاستيجار هو الوجوب هو عام فيعم المنع الكل اذا ظهرت قدرتهن وذلك بالاقدام على الارضاع باجر وغاية ما يقال ان الارضاع نفقة وهي على الاب لا الام ويدفع فان هذه النفقة اوجبها الذي له الآية الايجاب على الام لعله ان اوجب رزقها لما يدراللبن فلم يتوجه سوى الفعل الاختياري واوجب عليها القيام تتميما وثبوت هذا الايجاب بالنص المذكور اعني يرضعن اولادهن والحق انه اوجب مقيدا بايجاب رزقها عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ففي حال الزوجية والعدة هو قائم برزقها وفيما بعد العدة لا يقوم بشئ فتقوم الاجرة مقامه **قوله** وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصبي مال والمال يعم جميع اصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى اذا كان له ذلك فللاب ان يبيعه وينفقه عليه كذا يعطي منه اجر رضاعه هذا لان ايجاب النفقة احد الموسرين على الآخر اذا لم يكن لاعتبار ان كل ليس اولى من ايجاب نفقته وذلك عليه بخلاف نفقة الزوجة فانها تجب لغرض آخر فنفقتها عليه وان كانت غنية اما الولد فنفقته للحاجة فلما انتفت حاجته فلا تجب على غيره لنفقة المحارم والله اعلم

فصل قوله على الرجل اي الموسر **قوله** واجداده يدخل فيه الجد لاب والجد لام وان علوا وفي جداته لابيه وجداته لامه وان علون **وقوله** واذا كانوا فقراء يوافق باطلاقه قول السرخسي حيث قال لو كان الاب قادرا على الكسب يجبر الابن على النفقة بخلاف قول الحلواني انه لا يجبر اذا كان الاب كسوبا لانه كان غنيا باعتبار الكسب فلا ضرورة في ايجاب النفقة على الغير واذا كان الابن قادرا على الكسب لا يجب نفقته على الاب فلو كان كل منهما كسوبا يجب ان يكتسب الابن وينفق على الاب فالمعتبر في ايجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر قيل هو ظاهر الرواية لان معنى الاذى في الكد والتعب اكثر منه في التأفيف المحرم وبقوله تعالى ولا تقل لهما اف والاختلاف في استحقاق الزوجة الغنية لانه في مقابلة احتباسه اياها لاستيفاء حق مقصود له فكان كاستحقاق القاضي النفقة **قوله** نزلت في الابوين الكافرين بدليل ما قبله وهو قوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا واتبع سبيل من اناب الي فعرض سبحانه مصاحبتها بالمعروف وليس من المعروف ان يتركهما مع الجوع والعري ويتقلب هو في النعم الا ان محلها على غير الحربيين فاما الآباء الحربيون وان كانوا مستأمنين في دارنا لا يجبر الابن على النفقة عليهم لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم الى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية بينها وبين الآية الابوين عموم وخصوص من وجه فتصادقان في الابوين الحربيين وتنفرد آية المصاحبة من غير الحربيين وآية النهي في غير الابوين فتعارضتا في الابوين الحربيين فقدمت آية النهي لتقديم المحرم على المبيح. ولقائل ان يقول النهي انما يتعلق بالذين تحقق منهم قتال في الدين واخراج المسلمين من ديارهم اهل مكة فلا تتناول الابوين الحربيين الذين لم يتحقق منهم قتال ولا مظاهرة على اخراج ولا يصح القياس على اهل مكة بمجرد جامع كونهم حربا لان الحكم على المجموع من تحقق القتال والاخراج منه ايضا صرح النص بعدم النهي عنه بقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم ومعلوم ان الذين لم يقاتلوا ايضا حربيون **قوله** واما الاجداد والجدات فلانهم

أما الزوجة فلما ذكرنا أنها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة وأما غيرها فلأن الجزئية ثابتة
وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره لا يمتنع نفقة جزئه إلا أنهم إذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وإن كانوا
مستأمنين لأنا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم ولا تجب على المسلم نفقة أخيه
النصراني لأن النفقة متعلقة بالإرث بالنص بخلاف العتق عند الملك لأنه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولأن القرابة موجبة
للصلة ومع الاتفاق في الدين آكد ودوام ملك اليمين أعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الأعلى أصل العلة وفي الأدنى
العلة المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد لأن لهما تأويلا في مال الولد بالنص ولا تأويل لهما في مال غيره ولأنه
أقرب الناس إليهما فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لأن المعنى يشملهما

من الآباء أو الأمهات ظاهره أنهم يدخلون في اللفظ أعني لفظ الأبوين الذي هو مرجع الضمير من صاحبهما في الدنيا وفيه نظر فإنهم
في مسئلة الأمان فيما إذا قالوا آمنونا على آبائنا هو العدم دخول الأجداد لعدم انتظام اللفظ فإن أرادوا إلحاقهم بالقياس فلا تتمة
بل لا ينبغي أن يعلق حكمهم فإنهم لا آباء بل يعلل استحقاق الأبوين النفقة بشيء فيهم في وجوده يلحق بهم الأجداد ويعتبره
في عموم المجاز ومن العجب عدم اعتبارهم إياه في عموم المجاز في الأمان ليدخل الأجداد مع أن الأمان يحتاط في إثباته ولذا
ولهذا يقوم الجد مقامه في الوراثة وولاية النكاح والتصرف في مال ولد الولد هذا ولو قال المنعم من الوالدين والوالدات كان
أقرب لأن مرجع ضمير صاحبهما الوالدان لا الأبوان **قوله** أما الزوجة الخ عرف من قوله واجبة بالعقد لاحتباسها أنه حيث أضاف
النفقة إلى العقد فقد أضافه إلى العلة البعيدة فإن المؤثر بالذات هو الاحتباس الخاص على ما قدمناه **قوله** فكما لا يمتنع الخ الأولى
أن يقال فكما يجبر على إنفاقه على نفسه مع كفره فيجبر على نفقة جزئه لأن عدم الامتناع لا يستلزم الوجوب وهو المطلوب بل
أخص منه وهو الجبر عليه وكونه يجبره الحاكم على الإنفاق على نفسه محل نظر أما فتواه بوجوب ذلك فلا شك فيه وكذا أمره بالمعروف
من ذلك **قوله** ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم إنما لبعض صور ذلك الكلي وهو قوله لا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا
للزوجة والأبوين والأجداد والجدات والولد وقوله لأن النفقة أي نفقة غير الولاد متعلقة بالإرث يعني بالقرابة والمحرمية مقيدا
بالإرث بالنص وهو قوله تعالى بعد أن قال سبحانه وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك متعلقة به ولا إرث
بين المسلم والكافر بخلاف العتق فإنه تعلق بالمحرمية بسبب القرابة لا بكونه وارثا بالحديث وهو قوله من ملك ذا رحم محرم
منه عتق عليه وسيأتي الكلام عليه **قوله** فاعتبرنا في الأعلى وهو دوام ملك اليمين أصل العلة وهو القرابة المحرمة وفي الأدنى وهو النفقة
العلة المؤكدة بالتوارث وهذا في الحقيقة إبداء لحكمة الشرع يعني إنما شرع سبحانه إيجاب النفقة على القريب مقيدا بالإرث و
شرع عتق القريب إذا ملك قريبه المحرم بلا ذلك القيد لهذا الفرق وهو أن عدم النفقة قطيعة واستمرار ملك رقبة القريب فوقه في القطيعة فأوجب فيما
بلا مؤكد بخلاف ما لم يبلغ مبلغه في القطيعة فإنه لم يدفعه إلا بالمؤكدة مما قيل العصابة عن ذا الرحم المحرمية والإرث ليس بشرط في وجوب
النفقة على الخال والخالة والعمة ولهم دون ابن العم فالحق في الجواب أن ليس المراد من قوله تعالى وعلى الوارث سوى من يثبت له ميراث وكذلك
كذلك لا من يثبت له ميراث بقيد كونه في صورة وجوب النفقة عليه لا يقال هذا استدلال بمفهوم الصفة على إخراج الكافر الذمي لأنا نقول بل هو
إثبات الحكم في محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدم دليل الوجوب عليه فيبقى على العدم الأصلي لا أن نفيه مضاف إلى اللفظ **قوله** لأن لهما تأويلا
في مال الولد لتعليلهما بالنص وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من الصحابة وسيأتي في باب الوطء الذي
يوجب الحد وأخرج أصحاب السنن الأربعة عن عائشة قال صلى الله عليه وسلم إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه حسنه الترمذي
فإن قيل هذا يقتضي أن له ملكا أو جزءا في ماله قلنا نعم لو لم يقيده حديث رواه الحاكم وصححه البيهقي عنها مرفوعا إن أولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء إناثا
ويهب لمن يشاء الذكور وأموالهم لكم إذا احتجتم إليها ومما يقطع بأنه مؤول أنه تعالى ورث الأب من ابنه السدس مع ولده فلو كان الكل ملكه
لم يكن لغيره شيء مع وجوده **قوله** هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة بين الذكور والإناث أثلاثا على الذكر مثل حظ الأنثيين

والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امرأة بالغة فقيرة او كان ذكرا بالغا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون
البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث
ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز

كما في الميراث قياسا على نفقة ذوي الارحام وبه قال الشافعي واحمد والحق الاستواء فيهما لتعلق الوجوب بالولاد وهو يشملهما بالسوية بخلاف
غير الولاد لان الوجوب معلق فيه بالارث ولهذا يثبت في الولاد مع اختلاف الدين ولا توارث فان كان الولد معسرا وهما موسران فلا نفقة لاحد على
ويجب التفصيل بين ان يكون الابن قادرا على الكسب اكتسابا اولا فيجري فيه الخلاف السابق بين شمس الائمة السرخسي والحلواني وعن ابي يوسف قال اذا كان الاب
زمنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه ان يضم الاب اليه لئلا يضيع ولا يخشى بذلك الهلاك على الولد لان الانسان لا يهلك على نصف بطنه وقال
كلوا في بعض بطونكم تعفوا وفي الفتاوى يجبر الابن على نفقة زوجة ابيه ولا يجبر الاب على نفقة زوجة ابنه وفي نفقات الحلواني قال فيه روايتان في رواية كما
قلنا وفي رواية انما تجب نفقة زوجة الاب اذا كان الاب مريضا او به زمانة يحتاج الى الخدمة اما اذا كان صحيحا فلا قال في المحيط فعلى هذا لا فرق بين الاب والابن فان الابن
اذا كان بهذه المثابة يجبر الاب على نفقة خادمه ثم الاصل في نفقة الوالدين والمولودين انه يعتبر القرب بعد الجزئية دون الميراث وكذا لو كان له اخ شقيق وبنت بنت
وان سفلت او ابن بنت كانت نفقته على بنت البنت وان كان ميراثه لاخيه ولو كان له بنت ومولى عتاقة فالنفقة عليها مع اشتراكهما
في الميراث واذا كان للفقير والد وابن ابن موسران فالنفقة على الوالد لانه اقرب واذا كانت له بنت وابن ابن فعلى البنت خاصة وان
كان الميراث بينهما لقرب البنت فاذا استويا فالنفقة عليهما الا ان يترجح احدهما بمرجح وهما وارثان واذا كان له ولد ابن وولد بنت فهما
سواء في النفقة وان كان الارث لولد الابن وكذا اذا كان له ابنان مسلم ونصراني فالنفقة عليهما على تقدير ميراثهما والميراث للمسلم فقط ولو كان له
والد وولد فهو على الولد لاستوائهما في القرب فيترجح الولد باعتبار التاويل ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على تقدير ميراثهما
لاستوائهما في القرب وعدم الترجيح الكل من المحيط واذا اختلفا فقال الابن هو غني وليس علي نفقته وقال الاب انا معسر ذكر في المنتقى
ان القول للاب والبينة بينة الابن **قوله** والنفقة لكل ذي رحم محرم اي واجبة يجبر عليها فهو من حذف الجبر لقرينة لا من الاخبار بايجاب
والمجرور تابعين عن الجبر لوجوب تناقضهما كون المطلق وليس هو كذلك هنا وقال احمد على كل وارث محرما كان اولا وهو قول ابن ابي ليلى
وقال الشافعي لا تجب لغير الوالدين والمولودين كالاخوة والاعمام ووجهه انه يجعل الاشارة في قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك لنفي المضارة لا لايجاب
النفقة فلا يبقى دليلا على ايجاب النفقة فيبقى على العدم لعدم دليلها الشرعي قلنا نفيها لا يخص بالوارث ثم هو مخالف للظاهر من الاشارة
المقرونة بالكاف فانها بحسب الوضع للبعيد دون القريب ووجه قول احمد انه تعالى علقها بالوارث فقيد المحرمية زيادة قلنا في قراءة ابن مسعود رضي الله عنه
وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فيكون بيانا للقراءة المتواترة فان قيل القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد ولا يجوز تقييد مطلق
القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراءة اجيب بانه جاز لشهرتها واستدل على الاطلاق بما في النسائي من حديث طارق قال قدمت
المدينة فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائم على المنبر يخطب الناس وهو يقول يد المعطي العليا وابدأ بمن تعول امك واباك
واختك واخاك ثم ادناك ادناك وما رواه احمد وابو داود والترمذي عن معاوية بن حيدة القشيري قلت يا رسول الله من ابر
قال امك قال ثم من قال امك قال ثم من قال اباك ثم الاقرب والاقرب قال الترمذي حسن وفي صحيح مسلم فان فضل عن اهلك شيء
فلذي قرابتك فهذه تفيد وجوب النفقة بلا تقييد بالارث ولا يخفى ان الثاني لا يفيد وجوب النفقة اصلا لانه جواب
قول السائل من ابر وهو لا يستلزم كونه سؤالا عن البر المفروض لجواز كونه سؤالا عن الافضل منه فيكون الجواب عنه بخلاف

بن القدرة على الكسب ان كسبه عطلانه الابوين لانه يلحقهما ضيا الكسب ولذا مامر من دفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع ذلك قوله والنفقة لكل
وتجب نفقة على مقدار الميراث ويجبر عليه لانه تعالى قال وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن
الزمن على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المثل وفي النص الصحيح هو الذي ذكره في رواية الخصاف والحسن وفي ظاهر الرواية كل
النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى
وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا وتجب نفقة الام المعسرة
على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث في الجملة لا احرازه فان المعسر لو كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه لانه
مع مختلف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف
نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد والمصالح لا ينتظم بدونها ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف وعن محمد
انه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل عن ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب والتيسير

خلاف الاول ليس معارضا للنص لان الايجاب على الوارث بالنص لا ينفي ان تجب على غيره فيثبت بالحديث عند من يقول بمفهوم الصفة
على ان لقائل ان يمنع ان الوارث اريد به القريب غير مخصوص على رايكم وهو ان كل قريب وارث لتوريثكم ذوي الارحام مع قولكم ان المراد
به اهلية الارث في الجملة حتى قالوا اذا كان له خال وابن عم ان نفقته على خاله وميراثه لابن عمه اللهم الا ان يثبت قولنا انه قطع بان الايجاب للنفقة
لوجوب الوصل والقرابة التي يفترض وصلها بالنصوص على المحرمية بخلاف غيرها لا يفترض وصلها لان التحريم انما ثبت للوصل
وهو الظاهر لما تقرر انه سبب التحريم في المحرمات من القرابات لان الافتراض اما عدم وصل ويؤدي اليه **قوله** فان القادر على الكسب
غني بكسبه وقدرته على الكسب تتحقق بصحة البدن بعد كونه بالغا ولهذا اختلف في البالغ الذي يجب نفقته من غير الولاد والزمانة حيث قال في
الابن الزمن البالغ ويصرح بما قلنا ما في الكافي للحاكم حيث قال في باب نفقة ذوي الارحام ولا يجبر موسر على نفقة احد من قرابته
اذا كان رجلا صحيحا وان كان لا يقدر على الكسب الا في الولد خاصة وفي الجد ابيه الا بابا ذا مات الولد فاني اجبر الجد على نفقته وان كان
صحيحا انتهى وهذا جواب الرواية وهو يشبه قول شمس الائمة السرخسي بخلاف الحلواني على ما قدمناه **قوله** لان التنصيص على الوارث
تنبيه على اعتبار المقدار لطريق انه ليفيد عليه ماخذ الاشتقاق وهو الارث فيثبت الحكم في محل وجود العلة على قدر وجودها
مثاله اذا كان له اخ شقيق او لاب واخت شقيقة او لاب فالنفقة عليهما اثلاثا على الاخ الثلثان وعلى الاخت الثلث لان
ميراثهما كذلك ولو كانا لام وجبت عليهما نصفين كارثهما ولو كان معهما اخ لابوين او لاب او عصبة آخر فالثلثان على العاصب
ولو كان الاخ لاب واخ لام فالسدس على الاخ لام وخمسة الاسداس على الاخ لاب او غيره **قوله** ووجه الفرق اي بين نفقة الولد الصغير
والكبير الذي من **قوله** فاختص بنفقته لانه باعتبار الولاية الكاملة صار كنفسه بخلاف البالغ ليس للاب ولاية عليه ليكون في معنى
نفسه فاعتبر كسائر المحارم **قوله** على الاخوات المتفرقات بان تكون اخت شقيقة واخرى لاب واخرى لام اخماسا ثلاثة اخماسها
على الشقيقة وخمس على التي لاب وخمس على التي لام لان ميراثهن منه كذلك بواسطة الرد عليهن **قوله** غير
ان المعتبر اهلية الارث هذا هو الجواب الذي اسلفناه وقدمنا تقريره والايضاح ان حقيقة الوارث غير مرادة فانه لمن قام به الارث
بالفعل وهذا لا يتحقق الا بعد موت من تجب له النفقة ولا نفقة بعد الموت فتعذرت ارادة الحقيقة فكان المراد من ثبت له ميراث
والخال كذلك فوجبت نفقته عليه ولم تجب على ابن العم لعدم المحرمية بخلاف ما لو كان له خال وعم او عمة فان النفقة على العم
لاشتراكهما في المحرمية واحراز العم الميراث في الحال لو مات فلو كان العم معسرا وجبت بين العمة والخال اثلاثا على العمة الثلث
يجعل المعسر كالميت والحاصل ان قولنا انها بالميراث لا احرازه فيما اذا كان المحرز للميراث غير محرم ومعه محرم اما اذا ثبت محرمية
كلهم وبعضهم لا يحرز الميراث في الحال كالخال والعم اذا اجتمعا فانه يعتبر احراز الميراث في الحال وتجب النفقة على العم واذا
اتفقوا في المحرمية والارث في الحال وكان بعضهم فقيرا جعل كالمعدوم ووجبت على الباقين على قدر ارثهم كان ليس معهم غيرهم
قوله ثم اليسار مقدر بالنصاب اي بنصاب الزكوة على ما روي عن ابي يوسف وعن محمد روايتان احدهما بما يفضل عن نفقة شهر والاخرى
بما يفضل عن كسبه كل يوم حتى لو كان كسبه درهم ويكفيه اربعة دوانق وجبت عليه الدانقان للقريب وحمل الروايتين على حاجة الانسان

والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة واذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة ابويه وقد بيناه واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة رح وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز في ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملك الام في النفقة ولابي حنيفة رح ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب والثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان يأخذ منه بنفقته لانه من جنس حقه وان كان للابن الغائب مال في يد ابويه وانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان

ان كان مكتسبا لا مال له ما اصل اعتبر فضل كسب اليومي وان لم يكن بل له مال اعتبر نفقة شهر فينفق ذلك الشهر فان صار فقيرا انفقتهم عنده وقال السرخسي الى قول محمد في الكسب فانه علله بان قال لان الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر في جانب المودي تيسيرا للامر حتى اذا كان كسبه يفضل عن نفقته وقال صاحب التحفة قول محمد ارفق ومال الاسبيجابي الى قول ابي يوسف قال لان النفقة تجب على الموسر ونهاية اليسار لا حد لها وبدايته النصاب فيقدر به وقال في الخلاصة بعد ما نقل انه نصاب الزكوة وبه يفتى واختار صاحب الهداية انه نصاب حرمان الصدقة **قوله** والفتوى على الاول اي على ان اليسار مقدر بالنصاب لكن لا كما يقول ابو يوسف وتقدم تفصيل النصب في باب صدقة الفطر الا ان النفقة لما كانت حق الآدمي نفسه تعتبر فيه القدرة عليه بعد كونه فاضلا عن حاجته وصدقة الفطر حق تجب لله تعالى بسبب الآدمي وحقوق الله تعالى يراعى فيها من اليسر ما لا يعتبر في حق العبد المحتاج وليس غير ذلك مطلقا بل والمكتسب كسوبا يعتبر ان يكون له قدر نصاب فاضل لتجب عليه النفقة فاذا انفق ولم يبق له شيء سقطت وان كان كسوبا يعتبر قول محمد وهذا يجب ان يعول عليه في الفتوى **قوله** واذا كان للابن الغائب مال عند ابويه فانفقا منه لم يضمنا لما قدمنا ان كل من يقضى له بالنفقة عند غيبة من عليه جاز له ان يأخذ اذا اقدر بلا قضاء كالوالدين والولد والزوجة اذا قدروا على مال من جنس حقهم جاز لهم ان ينفقوا على انفسهم اذا احتاجوا **قوله** قد بيناه الوجه فيه عند قوله فيما سبق ولا يقضى بنفقة في مال غائب الا لهؤلاء وهي قوله ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ولهذا كان لهم ان يأخذوا واذا كان قضاء القاضي فيه اعانة لهم **قوله** وان باع العقار لم يجز ولا يجوز للاب بيع عقار الابن الا اذا كان الابن صغيرا او مجنونا ولا يجوز لغيره مطلقا **قوله** لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ وقرر في النهاية وجه القياس بان ولاية الاب تنقطع ببلوغ الصبي رشيدا الا فيما تيقن تحصينا للغائب ولا تخفى ان قيد الرشد ليس معتبرا في انقطاع ولاية الاب نعم اذا بلغ غير رشيد لا يسلم اليه ماله حتى يونس منه الرشد او يبلغ خمسا وعشرين سنة على ما عرف ومع ذلك لا حجر عليه حتى امكنه ان يباشر العقود الموجبة للدين عليه ولذا قالا في جواب ابي حنيفة رح هناك ان منع المال لا يفيد مع فك الحجر لانه يتلفه بلسانه بان يباشر العقود الى آخر ما عرف في باب الحجر **قوله** وكذا لا تملك الام في نفقتها مع انها مساوية للاب في استحقاق النفقة وكذا ليس للقاضي ان يحكم بيع مع عموم ولايته **قوله** ولابي حنيفة رح حاصله الفرق بين الاب وغيره وثبوت ولاية حفظ مال الابن الكبير الغائب وبيع العروض من باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف واذا ملكه الوصي فلان يملكه الاب اولى لان الوصي يستفيد الولاية من جهته فمن المحال ان لا يكون له ولاية ويستفيد بها منه واذا جاز بيعه صار الحاصل عنده الثمن وهو جنس حقه فيأخذه بخلاف العقار لانه محصن بنفسه فلا يحتاج الى الحفظ بالبيع فليس للاب بيعه الا بمحض الولاية وذلك عند صغر الولد او جنونه ومقتضى هذا صحة بيع الاب للعروض على الكبير اذا لم يكن للدين بخلاف غير الاب ليس له ولاية الحفظ وليس له البيع لكن نقل في الذخيرة عن الاقضية جواز بيع الابوين وهكذا ذكر القدوري في شرحه فانه اضاف البيع اليهما فيحتمل ان يكون في المسئلة روايتان وجه رواية الاقضية ان في الولادة جمعهما وهما في استحقاق النفقة سواء وعلى تقدير الاتفاق تأويله ان الاب هو الذي يتولى البيع وينفق عليه وعليها اما بيعها لنفسها فبعيد لان جواز البيع غير منوط بالولاد ولا باستحقاق النفقة بل بثبوت ولاية الحفظ **قوله** فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن اي في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى لا ضمان

لانه لما كان مقدرا به واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال الا ان ياذن القاضي بالاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا يسقط بمضي المدة **فصل** وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده لقوله عليه السلام في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تعالى تحت ايديكم اطعموهم مما تاكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله

عليه ولو مات الناكث هل له ان يحلف الورثة انهم ليس لهم عليه حق لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح وفي النوادر لو لم يكن ثمة مكان يمكن استطلاع رأي القاضي لا يضمن استحسانا وقالوا في رفقة في سفر اغمي على احدهم او مات فانفقوا عليه وجهزوه من ماله لا يضمنون استحسانا ومات من جماعة من اصحاب محمد خرجوا الى الحج واحد فباعوا ما كان له من متاعه وجهزوه ثم سألوا محمدا فذكر ذلك فقال لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء وكذا ما في محيط كتب تلميذ له مات فانفق في تجهيزه وتغسيله لانه لم يوص بذلك فتلا قوله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح وقالوا في عبد مأذون مات مولاه وفي يده بضاعة فانفق على نفسه وما معه من الدواب والامتعة لا يضمن وكذا عن مشايخ بلخ في مسجد له اوقاف ولا متولي له فقام رجل من اهل المحلة في جمع ريعها وانفق على مصالح المسجد فيما يحتاج من شراء الزيت والحصير والحشيش لا يضمن استحسانا **قوله** فظهر الخ يعني اذا اخذت الغائب ثم ملكه لما دفعه للابوين حال دفعه لهما فيظهر انه كان متبرعا بما يملكه لهما فلا رجوع له عليهما **قوله** فمضت مدة سقطت هذا اذا طالت المدة فاما اذا قصرت لا تسقط وما دون الشهر قصيرة فلا تسقط قيل وكيف لا تصير النفقة دينا والقاضي مأمور بالقضاء ولو لم تصر دينا لم يكن للامر بالقضاء بالنفقة فائدة ولو كان كلما مضى يسقط لم يكن استيفاء شيء ومثل هذا مناه في غير المفروضة من نفقة الزوجات **قوله** لان نفقة هؤلاء تجب للحاجة وعن هذا ما قدمنا انه لو اعطاهم نفقة او كسوة فسرقت او هلكت كان عليه اخرى لان الحاجة لم تندفع بما سرق ولو كان مثل ذلك في حق الزوجة ليس عليه اخرى حتى تنقضي مدة تلك النفقة والكسوة لانها للزوجة ليست شرعا لحاجتها بل لاحتباسها في تلك المدة وبالتلف قبل مضي تلك المدة لم ينتف الاحتباس عنها **قوله** الا ان ياذن القاضي بالاستدانة فلا تسقط وان كان في نفقة ذوي الارحام لما ذكر في الكتاب واذكر في زكوة الجامع ان دين نفقة الزوجات والاقارب بعد القضاء مانع من وجوب الزكوة لان له مطالبا من جهة العباد وسوى بين نفقة الزوجات والاقارب اختلفوا فيه قيل محله في نفقة الاقارب ما اذا اذن القاضي في الاستدانة واستدانوا لحقه احتاجوا الى وفاء الدين اما اذا لم يستدينوا بل اكلوا من الصدقة لا تصير النفقة دينا والى هذا مال السرخسي وحكم به كثير من القضاة المتاخرين ونصروه وقيدوا اطلاق الهداية به وقيل محله اذا قصرت المدة بان يكون شهرا فاقل والله سبحانه وتعالى اعلم

فصل قوله وعلى المولى ان ينفق على عبده وامته عليه اجماع العلماء قيل الا الشعبي والاولى ان يحمل قوله على ما اذا كانوا يقدرون على الاكتساب فانه لا يجب على المولى كما سنذكره ولو كان العبد بين رجلين فغاب احدهما فانفق الآخر بغير اذن القاضي وبغير اذن صاحبه فهو متطوع وكذا النخل والزرع والمودع والملتقط اذا انفقا على الوديعة واللقطة والدار المشتركة اذا كان انفق احدهما في مرمتها بغير اذن صاحبه وبغير امر القاضي فهو متطوع كذا في الخلاصة وفيها اذا شهد شاهدان على رجل في يده امة ان هذه حرة قبل القاضي هذه الشهادة وادعت الامة او جحدت وضعها على يد عدل وتفرض نفقة الامة ان طلبت على الذي كانت في يده ولو ان عبدا صغيرا في يد رجل فقال لغيره هذا عبدك اودعته عندي فانكر يستحلف ما اودعه ثم لم يقض بنفقته على من هو في يده لانه اقر برقه ولم يثبت لغيره فيبقى على حكم ولو كان كبيرا لا يحلف لانه في يد نفسه والقول له في الرق والحرية والحديث الذي ذكره في الصحيحين من حديث ابي ذر انه صلى الله عليه وسلم قال هم اخوانكم

نفقتهم وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك وان لم يكن لهما كسب بان كان
عبدا زمنا او جارية لا يؤاجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما وايفاء حق المولى بالخلف
بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تاخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا وبخلاف سائر الحيوانات لانها
ليست من اهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان
وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف رح انه يجبر والاصح ما قلنا والله اعلم

اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم فمن كان اخوه تحت يده فليطعمه مما ياكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فاعينوهم ورواه ابو داود
بسند صحيح وزاد فيه ومن لم يلائمكم منهم فبيعوه ولا تعذبوا خلق الله وعن علي رض قال كان آخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلوة
الصلوة اتقوا الله فيما ملكت ايمانكم رواه احمد والمراد من جنس ما تاكلون وتلبسون لا مثله فاذا البسه من الكتان والقطن مما
يلبس منها الفائق كفى بخلاف الباسه نحو الجوالق والله اعلم لم يتوارث عن الصحابة انهم كانوا يلبسون مثلهم الا الافراد قوله
فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا على انفسهما حتى لو كان يتمكن من الانفاق على نفسه من مال السيد ليس له ان يتناول
منه الا اذا منعه عن الكسب اما اذا كان عاجزا عن الكسب فله ان يتناول من مال السيد اذا ابى ان ينفق عليه قوله بان كان عبدا زمنا
يفيد انه اذا كان صحيحا الا انه غير عارف بصناعة لا يكون عاجزا عن الكسب لانه يمكن ان يواجر نفسه في بعض الاعمال كحمل شيء وتحويل شيء كمعين البناء
وما قدمناه نقلا من الكافي في نفقة ذوي الارحام ثبوته هنا اولى وكذا اذا كانت جارية لا يواجر مثلها بان كانت حسنة يخشى من [illegible]
الفتنة اجبر على الانفاق او البيع بخلاف المدبر والمدبرة وام الولد فانه يجبر على الانفاق عليهم عينا ان لم يقدروا على الكسب بخلاف
المكاتب حيث لا يجبر على حقه بشيء ولو اعتق عبدا زمنا سقطت نفقته عنه وتجب في بيت المال وكذا العبد الصغير لانه ليس بينهما محرمية
وان كان عصبة له كابن العم قوله بخلاف سائر الحيوانات الخ ظاهر الرواية انه لا يجبره القاضي على ترك الانفاق عليها لان الاجبار نوع
قضاء والقضاء يعتمد المقضي له ويعتمد اهلية الاستحقاق في المقضي له وليس فليس لكنه يؤمر به ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ويكون اثما معاقبا
بحبسها عن البيع مع عدم الانفاق وفي الحديث دخلت امرأة النار في هرة حبستها حتى ماتت لا هي اطلقتها تاكل من حشرات الارض ولا هي
اطعمتها وذكر المصنف انه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان يعني ما تقدم من رواية ابي داود لا تعذبوا خلق الله ونهيه عن اضاعة المال وهو
ما في الصحيحين من انه عليه السلام كان ينهى عن اضاعة المال وكثرة السؤال وعن هذا ذكر انه يكره في غير الحيوان ان لا ينفق عليها كالاملاك
من الدور والزروع فانه يؤدي الى ضياع المال وعن ابي يوسف رح انه يجبر في الحيوان وهو قول الشافعي ومالك واحمد رح وغاية
ما فيه ان يتصور فيه دعوى حسبة فيجبره القاضي على ترك الواجب ولا بدع فيه وظاهر المذهب الاول والحق ما عليه الجماعة بخلاف
المملوكات الدابة بين شريكين فطلب احدهما من القاضي ان يامره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا بالانفاق عليها فالقاضي يقول للآبي
اما ان تبيع نصيبك من الدابة او تنفق عليها رعاية لجانب الشريك ذكره الخصاف وفي المحيط يجبر صاحبه لانه لو لم يجبر لتضرر الشريك فرع
وتجب النفقة على من له النفقة مالكا كان او لا مثاله اوصى بعبد لرجل وخدمته لآخر فالنفقة على من له الخدمة ولو اوصى
بجارية لانسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية ومثله اوصى بدار لرجل وسكناها لآخر فالنفقة على صاحب السكنى
لان المنفعة له فان انهدمت فقال صاحب السكنى انا ابنيها واسكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعا لانه مضطر فيه لانه لا يصل
الى حقه الا به فصار كصاحب العلو مع صاحب السفل اذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من بنائه لصاحب العلو ان يبنيه ويمنع
صاحبه منه ليعطي ما غرم فيه ولا يكون متبرعا وكذا لو اوصى بنخل لواحد وثمرتها لآخر فالنفقة على صاحب الثمرة وفي التبيين الحكم
ان يبقى من ثلث ماله شيء فالنفقة في ذلك المال وان لم يبق فالتخليص عليهما لان المنفعة لهما واقول ينبغي ان يكون على قدر قيمة

كتاب العتاق

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال عليه السلام ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك

ما يحصل لكل منهما والا لزم ضرر صاحب القليل الا يرى الى قولهم في المسئلة الاولى يقسم بينه لواحد بتخيره لاخبار النفقة على من له الشيء لبدو عدمها وان كان قد يباع وينبغي ان يجعل كالحنطة والتبن في بيانه الا ان الكسب يباع لتعلف البقر وغيره وكذا اقوال فيما عن محمد في شاة لاحدهما لحمها لواحد وجلدها لآخر فالتخليص عليهما كالحنطة والتبن انه يكون على قدر الحاصل لهما وقبل الذبح اجرة الذبح على صاحب اللحم نفقة المبيع قبل ان يقبض قيل على المشتري فتكون تابعة للملك كالمرهون والصحيح انه على البائع ما دام في يده ويجوز نسخ الغرية على العبد لا يجبر عليهما لان لا تقضى على ذلك ابيد

كتاب العتاق

قوله يشترك كل من الطلاق والعتاق في انه اسقاط الا انه اسقاط ملك الرقبة والطلاق اسقاط ملك منافع البضع واما اسقاط ملك ما في الذمة فيسمى ابراء واسقاط ملك القصاص فيسمى عفوا ميزت انواع الاسقاطات باسماء ليتنبه ابتداء مع اختصار وتسري اضافة البعض الى الكل وهذا ظاهر قولهما وعلى قوله تأويل بالاول الى الكل ويلزم حتى لا يقبل الفسخ الا انه قدم الطلاق وان كان غير مندوب اليه على العتق المندوب اليه وصلا له بمقابله وهو النكاح ولانه يقع على محله بشرط وجوده فكان متصلا به في بيان احكام النكاح لان النكاح يوجب ملك الطلاق فبيان متعلق الحكم يبين نفس حكم المتعلق لانه في بيان ما يملك على انه من اهل الحرمة والندب والسريان وغير ذلك ولا يخفى ما في الاعتاق من المحاسن فان الرق اثر الكفر فالعتق ازالة اثر الكفر وهو احياء حكمي لموت حكمي فان الكافر ميت معنى فانه لم ينتفع بحياته ولم يذق حلاوتها العليا فصار كان لم يكن له روح قال تعالى او من كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه ثم اثر ذلك الكفر الرق الذي هو سلب اهليته لما تأهل له العقلاء من ثبوت الولايات على الغير من انكاح البنات والتصرف في المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يصح نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه وامتنع اليه بسبب ذلك عن كثير من العبادات كصلوة الجمعة والحج والجهاد وصلوة الجنازة وفي هذا كله من الضرر ما لا يخفى فانه صار بذلك ملحقا بالاموات في كثير من الصفات فكان العتق احياء له معنى ولذا والله اعلم كان جزاؤه عند الله تعالى اذا كان العتق خالصا لوجه الكريم الاعتاق من نار الجحيم التي هي الهلاك الاكبر فيحل احياء ومعنى بالحياة معنى اعظم احياء كما ورد به الاخبار عن سيد الاخيار من الحديث الذي ذكره المصنف رواه الستة في كتبهم عن ابي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال ايما امرئ مسلم اعتق امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار وفي لفظ من اعتق رقبة مؤمنة اعتق الله بكل عضو منها عضوا من اعضائه من النار حتى الفرج بالفرج اخرجه الترمذي في الايمان والنذور ورواه ابن ماجة في الاحكام والباقون في العتق واخرج ابو داود وابن ماجة عن كعب بن مرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ايما رجل مسلم اعتق رجلا مسلما كان فكاكه من النار وايما امرأة مسلمة اعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار يجزي بكل عظم منها عظما منها وروى ابو داود ايما رجل اعتق امرأتين مسلمتين الا كانتا فكاكه من النار يجزي مكان عظمين منهما عظم من عظامه وهذا يتقيد بما ذكره المصنف من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة المرأة لان عتقه يعتق المرأتين بخلاف عتقه رجلا والعتق والعتاق لغة عبارتان عن القوة ومنه عتاق الطير جوارحها وعتق الفرخ اذا قوي على الطيران وفرس عتيق اذا كان سابقا وذلك عن قوته والبيت العتيق لاختصاصه بالقوة الدافعة عنه ملك احد في عصر من الاعصار وقيل للقديم عتيقا لقوة سبقه وللخمر اذا تقادمت لزيادة قوتها القوة تأثيرا وباعتبار القدم او السبق جاء بيت امرئ ابن حجر حيث قال على السنة عتقت قديما وليس لها ان طلبت مرام يعني قدمت وانها لا ترام بحال ويدل ان الذي قد علمت معد على وجاهتي من حرام المعنى انه

ولا ملك للمملوك والبالغ لأن الصبي ليس من أهله لكونه غير ناظر ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لأن المجنون ليس بأهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله وكذا لو قال المعتق أعتقت وأنا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الإسناد إلى حالة منافية

سابقا من تقديمه أنه لا يقدر ولاية في تجارته وكذا أقول عتقت إذا سبقت لك إذ أصل العتق القوة والعتق أيضا يقال للجمال ومنه سمي الصديق عتيقا لجماله وقيل لأنه سبق إلى الخير وقيل لعتقه من النار وقيل لشرفه فإنه تقدم في الحسب ومن هذا ومعنى ما ذكره يقال للكريم يعني الحسيب وقيل لأن والدته لما وضعته قالت اللهم هذا عتيقك من الموت لأنه كان لا يعيش لها ولد وقيل هو اسمه العلم ويمكن أن يكون سببه جمعه له الجمال أو الكفاءة بحسب النسب أو الصفة والحسن كل من المعنويات ترجع إلى زيادة قوة في معانيها وإذ كان العتق لغة القوة فالإعتاق إثبات القوة كما قال المصنف والعتق في الشرع خلوص حكمي يظهر في الآدمي عما قدمنا ثابتا بالرق ولا يخفى ثبوت القوة الشرعية بتقديره مع تأمل لكن تقدم عليه من هذا يقال إنه القوة الشرعية ويمكن أن يكون ما ذكر من أفراد المعنى اللغوي وعن هذا قال في الصحاح العتق الحرية ما ثبت أن القوة المفسر بها لغة أعم من كون ذلك سببه أو يرجع إلى معنى آخر ولهذا أطلقوا في تلك المواضع التي أعتاقها يرجع إلى معان مختلفة الإرادة بعتقه بالحرية الطارئة على الرق وبه صرح في المغرب حيث قال العتق الخروج عن المملوكية فالإعتاق شرعا إثبات القوة الشرعية في المملوك بإثبات الحرية وهو الخلوص يقال طين حر أي خالص عما يشوبه ومنه يقال أرض حرة لا خراج عليها والكل يرجع إلى معنى القوة والرق في اللغة الضعف ومنه ثوب رقيق وقد يقال العتق بمعنى الإعتاق في الاستعمال الفقهي تجوزا باسم المسبب عن السبب كقول محمد إن قال إن أعتق مولاك إياك وسببه الباعث في الواجبات تفريغ ذمته وفي غيره قصد التقرب إلى الله تعالى وأما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب وقد يكون نفس الملك في القريب وقد يكون الإقرار بحرية عبد إنسان حتى لو ملكه عتق وقد يكون بالدخول في دار الحرب فإن الحربي لو اشترى عبدا مسلما فدخل به دار الحرب ولم يشعر به عتق عند أبي حنيفة وكذا إن تسلل منه بأن هرب من مولاه الحربي إلى دار الإسلام وقد يكون باللفظ المذكور كما سنذكره وهو ينقسم ركن الإعتاق اللفظ الإنشائي ويشترط أن يكون المعتق حرا بالغا عاقلا مالكا وحكمه زوال الرق عنه والملك وصفته في الاختياري أنه مندوب إليه غالبا ولا يلزم فيه تحققه شرعا وقد يكون واجبا فإن الاختيار فيه أن يكون معصية كالعتق للشيطان والصنم وكذا إذا غلب على ظنه أنه لو أعتقه يذهب إلى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة وقطع الطريق وينفذ عتقه مع تحريمه خلافا للظاهرية وقد يكون واجبا كالكفارة وقد يكون مباحا كالعتق لزيد والقربة لا يكون إلا لقصد وجه الله تعالى فتحصل أن العتق يوصف بالأحكام الأربع الوجوب والندب والإباحة والتحريم ولا شك في عتق العبد الذي لم يخف بما ذكرنا أجر لتكثير من النصوص من الآيات والأحاديث بما ينيل الشهرة فيه وأما ما عن مالك أنه إذا كان أعلى ثمنا من العبد المسلم يكون عتقه أفضل من عتق المسلم لقوله عليه الصلاة والسلام أفضلها أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها فبعيد عن الصواب ويجب تقييده بالأعلى من المسلمين لأنه تمكين من مقاصده وتفريغه وأما ما يقال في عتق الكافر بما ذكرنا فهو احتمال يقابله ظاهر أن الظاهر رسوخ الاعتقادات والغالب فلا يرجع عنها ولذا شاع الإخبار بالأصالة فيهم لا يزدادون إلا ارتيابا لبقائهم فضلا عمن عرفت حريته فالوجه الظاهر في استحباب عتقه تحصيل الحرية منه للمسلمين وأما التعليل للتأمل فيسلم فهو احتمال والله أعلم **قوله ولا ملك للمملوك** عن عثمان أن مال العبد للمولى بعد العتق وهو مذهب الجمهور وعند الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والشعبي ومالك لما عن ابن عمر أنه عليه السلام قال من أعتق عبدا فله ماله فالمال للعبد رواه أحمد وكان ابن عمر إذا أعتق عبدا لم يتعرض لماله قيل الحديث خطأ وفعل عمر من باب الفضل وللجمهور عن

وكذا لو قال الصبي كل مملوك أملكه فهو حر إذا احتلمت لا يعتق لأنه ليس بأهل لقول ملزم ولا بد أن يكون العبد في ملكه حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم وإذا قال لعبده أو لأمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد أعتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو لأن هذه الألفاظ صريح فيه لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا فأغنى ذلك عن النية والوضع وإن كان في حق الإخبار فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الإخبار الباطل أو أنه حر من العمل صدق ديانة لأنه يحتمله

ابن مسعود أنه قال لعبده يا عمير أي عمير اذهب فأنت حر إني أعتقتك عتقا هنيئا فأخبرني بذلك فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول أيما رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فهو لسيده رواه الأثرم **قوله** وكذا إذا قال الصبي الخ وكذا إذا قال المجنون إذا أفقت فهو حر لا ينعقد كلامهما سببا عند الشرط لعدم الأهلية حال التكلم الملزم فلم يقع تعليقا معتبرا **قوله** لقوله عليه السلام الخ روى أبو داود والترمذي في الطلاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذي حديث حسن صحيح وهو أحسن شيء روي في هذا الباب وقوله حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ مقيد بعدم الوكالة **قوله** لأن هذه الألفاظ صريح فيه الألفاظ التي تستعمل لإنشاء الإعتاق صريح وكناية فالصريح الموضوع له الحرية والعتق بأي صيغة كان فعلا أو وصفا أو مصدرا فالفعل نحو أعتقتك وحررتك وأعتقك الله على الأصح وقيل بالنية والوصف نحو أنت حر محرر عتيق معتق وفي الأذكيا حر ويا عتيق فإنه كهذا حر والمولى كقوله هذا مولاي أو يا مولاي يعتق وإن لم ينوه ثم حكم الصريح أن يقع به نوى أو لم ينو ولا أن نوى غيره إلا في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع إذا نوى غيره فلو قال نويت بالمولى الناصر لا يصدق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى هو على ما نوى وينبغي أن يكون هذا إذا لم يكن هازلا فإن كان هازلا فإنه يقع فيما بينه وبين الله تعالى وإن نوى غيره وهو الكذب هزلا بهذا يقتضيه ما صدر به الحاكم كتاب العتق من الكافي من قوله ذكر محمد بن الحسن عن أبي يوسف عن إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن أبي الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من لعب بطلاق أو عتاق فهو جائز عليه ونزلت هذه الآية ولا تتخذوا آيات الله هزوا فإن ذلك يقتضي وقوعه عند الله تعالى عند الهزل به وذكر أيضا محمد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال من تكلم بعتاق أو طلاق أو نكاح فهو جائز عليه وزاد الشافعية في الصريح فك الرقبة وفي بابه خلاف الحديث وهو قوله عليه السلام لذلك تعالى النبيا سواء. وفك الرقبة أن يعين في عتقها وقوله تصبح حرا إضافة للعتق وتقوم حرا وتقعد في الحال ولو قال أنت حر النفس عتق في القضاء وإن قال في نفسك أو إلى أخلاقك لا يعتق بكذا روى محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف إذا أراد به الحرية وعن أبي يوسف يعتق بالنية قيل والشاهر قول والظاهر قول محمد وأبي يوسف الظاهر أن لا فرق بين العبارتين في المعنى فإذا كان كذلك فلا خلاف بينهما على هذا النقل وعن أحمد أنه صريح واستبعد **قوله** لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا على وجه قياسا لما قرينة مع الشهرة فيه وكلمة الوضع غير فاق قول الإيضاح وغيره حيث قال الصريح ما ثبت حكمه الوضع يغني عن النية **قوله** فأغنى عن النية يعني أنه لا يشترط النية لثبوت العتق إنما هي عدمه بأن ينوي به شيئا آخر فيستر فيما بينه وبين الله تعالى لأن القضاء على ما سنذكر **قوله** والوضع أي وضع التركيب لا المفرد على ما لا يخفى ولا المركب حتى يجيء فيه الخلاف في وضع المركب بل التركيبات موضوعة وضعا نوعيا مثلا وضع نسبة الفعل الذي معين الواقع صيغته للدلالة على مضي حدثه إلى شيء ليفيد الإخبار بأنه وقع منه فيما تقدم على وقت النطق فجعلها لإثبات أمر لم يكن من قبله والحاصل أن الحاجة قائمة إلى إثبات هذه المعاني عند النطق ولا بد من رفعها وقد استعمل الشرع والعرف واللغة في ذلك هذه الألفاظ فكانت حقائق شرعية على وفق اللغة فيها وهذا لأن أهل اللغة أيضا يثبتون هذا المعنى أعني تحرير العبيد والإماء ببعض هذه الألفاظ فقوله فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية لم يصرح بفاعل الجعل المذكور ولا شك أنه الشارع ويفيده

ولا يدين قضاء لانه خلاف الظاهر ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق لانه نداء بما هو صريح في العتق وحال الاستحضار للمنادى بالوصف المذكور هو الظاهر فيقتضي تحقق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقتضي تصديقه فيما اخبر وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس نداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف وكذا لو قال رأسك حر ووجهك او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وان اضافه الى جزء شائع ففيه [illegible]

وكذا في البيع ايضا ويجب ان المراد بجعل الشارع اياه تقريره ولهذا في الطلاق والعتاق وقد حققنا في باب ايقاع الطلاق تقرير كلام الاصحاب فيه ان الطلاق يثبت اقتضاء تصحيحا للاخبار قبيله وكلام الكافي في العتق ايضا مثله وهو يقتضي انه على جريه لم يجعل انشاء اصلا وعلى هذا اورد المصنف في الطلاق ولفظ البيع يخالف ذلك وهو انها لا تعتبر النية لانها انما تعتبر اذا كان مرادا مشتبها والحق ان المعنى متبادر في خصوص المادة وهو اذا كان المخاطب العبد او هو بالاشارة كقوله هذا حر فانه يعتق به ايضا والوضع فيهما باعتبار خصوصهما مخاطب متكلم فلم يكن وضعا جديدا فيكون ثبوت العتق عنده بحكم الشرع اقتضاء تصحيحا للاخبار كما مشى عليه في الكافي هنا وهو غيره في الطلاق ثم هذا التقرير انما يجري في غير النداء فالتحرير فيه لا يثبت ومقابل ما قدمناه على انه يذكر الاسم هذا ويلحق بالصريح قوله لعبده وهبتك لنفسك او بعتك نفسك منك فانه يعتق وان لم ينو لان موجب هذا اللفظ ازالة الملك الا انه اذا اوجبه لآخر يتوقف على قبوله واذا اوجبه للعبد يكون مزيلا بطريق الاسقاط فلا يحتاج الى قبوله ولا يرتد بالرد اما اذا قال بعتك نفسك بكذا فانه يتوقف على القبول **قوله** ولا يدين لانه خلاف الظاهر بخلاف ما لو قال عنيت انه كان حرا في وقت فانه ينظر ان كان العبد من السبي دين وان كان مولدا لا يدين كذا في الغاية

فروع في الاجناس رجل جاء وسالم فاجابه آخر فقال انت حر ولا نية له عتق المجيب ولو قال عنيت سالما عتقا في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى انما يعتق الذي عناه ولو قال يا سالم انت حر فاذا هو مبارك عتق سالم لانه لا يخاطب الا سالما وفيه قال لعبده انت حر او لا وجهته انت طالق [illegible] ينوي العتق والطلاق وقع لانه يفهم من هذه عند الانفراد ما يفهم عند التركيب الا انها ليست صريحة لانها عند الانفراد لم توضع لمعنى فصارت كالكناية فتتوقف على النية ولو قال انت حر اليوم من هذا العمل عتق قضاء ولو قال انت حر في شيء [illegible] في كل الاشياء **قوله** هذا هو حقيقته وتكلم في النهاية في مواضع منه اذا تمام عبارته فيه فيقتضي تحقيق الوصف فيه [illegible] من جهته فيقتضي ثبوته تصديقا له وسنقرره من بعد اي في مسألة يا ابني فانهما فيها اذا لقبه حرا ثم ناداه يا آزاد او بالعكس وناداه يا حر انه يعتق فقال لانه ليس نداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف المذكور وبيان ما يفيد ان عتقه باعتبار اخباره عن ثبوت الوصف الذي هو الحرية فيه فيثبت تصديقا له ولا يخفى انه لا اخبار في النداء الا ضمنا فان قوله يا حر يتضمن معنى يا من اتصف بالحرية فيثبت الحرية بالتصحيح الكلام وهذا يفيد ان ثبوتها اقتضاء تصحيحا للاخبار الضمني وهو لا يقتضي نقل الاخبار الى الانشاء واما كلامه في النهاية فسنذكره **قوله** يا ابني يا اخي حيث لا يعتق فهناك وفيه في ثبوت الاعتاق قيد آخر وهو ان يكون ذلك الوصف الذي عبر به المنادي يمكن اثباته من جهته كالعتق والا يكن فيه ذلك كجعل الحر عبدا [illegible] والنبوة لا يمكن اثباتها حال النداء لو خلق من ماء غيره كان لغيره قبل النداء لانه **فرع** في جامع الفقه قال لعبد غيره يا حر ثم اشتراه عتق وقيل هذا نقض للقاعدة اذ ليس يمكن اثباته حال النداء الا ان اعتق عبد غيره واجاز المولى فانه يعتق **قوله** لان مراده الاعلام اي اعلام العبد باسم علمه لا تحقيق مدلوله هذا اذا كان علميته معلومة فيكون قصده غير استحضاره للذات هو الاحتمال ومن الظاهر فلا يعتق الا ان يريده فيعتق **قوله** او قال لامته فرجك [illegible] الامة لان قوله لعبده فرجك حر فيه خلاف قيل يعتق كالامة وعن محمد لا يعتق لانه لا يعبر به عنه بخلاف الامة ولو قال لها قبلك حر على قياس هذا العتق لا يعتق لان حرمة الفرج مع الرق لا تجتمعان [illegible] لا يعتق لانه يقال [illegible] لسان القوم

وسيأتيك الاختلاف فيه إن شاء الله تعالى وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وإن لم ينو لم يعتق لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لي عليك لأني بعتك ويحتمل لأني أعتقتك فلا يتعين أحدهما إلا بالنية قال وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لأنه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع أو الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لأمته قد أطلقتك لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروي عن أبي يوسف رحمه الله بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد إن شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لأن السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن نفيه مطلقاً بانتفاء الملك لأن للمولى على المكاتب سبيلاً فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا

وفي الدم روايتان ولو قال لها فرجك حر عن الجماع عتقت وفي الدبر والاست الأصح أنه لا يعتق لأنه لا يعبر به عن البدن وفي العنق روايتان والأوجه أنه يثبت العتق في ذكرك حر لأنه يقال في العرف هو ذكر من الذكور وقال فحل في ذكره هو ذكر قوم **قوله** وسيأتيك الخلاف فيه عند أبي حنيفة يقتصر حتى يكمل المقدار وعندهما يعتق كله وهي مسئلة تجزي الإعتاق الآتية **قوله** ولو قال لا ملك لي عليك شروع في الكنايات الحاصل أن ما ليس بصريح من الألفاظ منها ما يقع العتق به إذا نواه ومنها ما لا يقع به شيء وإن نواه فالأول نحو لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خرجت من ملكي لا رق لي عليك خليت سبيلك ولا حق لي عليك عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقوله لأمته أطلقتك أو أنت حرام أو لعبده أنت حرة حتى عتقت في الجميع إن نوى ولو قال أنت لله أو جعلتك لله صدقة فعلى ما روي عن أبي حنيفة لا يعتق وإن نوى لأن الأشياء كلها لله تعالى أي بحكم التخليق وعندهما أنه يعتق لأن الخلوص لا يتحقق إلا بالعتق والثاني نحو أن يقول لعبده تقنعي وتخمري أو استتري أو حرمت علي وأنت برية أو بائن أو بتة أو اخرجي أو اعزبي أو استبري أو تقنعي أو اذهبي أو اختاري فاختارت نفسها لا يثبت العتق بها وإن نواه وكذا أطلقتك وكذا سائر صرائح الطلاق وكناياته لما نذكر وكذا إذا قال اذهب أو توجه حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وإن نوى وفي المحيط أو اذهب حيث شئت كناية ولو قال أنت مثل حر لا يعتق لأن التشبيه للمشاركة في بعض المعاني وقد تحقق ذلك وقال بعض المشايخ يعتق إذا نوى كقوله لامرأته أنت مثل امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته ينوي به الإيلاء إن نوى الإيلاء **قوله** لأن السلطان عبارة عن اليد قيل فيه تسامح بل هو عبارة عن صاحب اليد أي السلطنة أي اليد لكن كلام المصنف يفيد أنه المحقق من التسامح والتجوز فإنه قال وسمي السلطان به لقيام يده فإنه يقتضي أن المعنى الحقيقي الأصلي للسلطان هو اليد وتسمية غيره به لقيام يده كما يسمى رجلاً بالعدل لا تصافه به ثم قيل هو مشترك بين الحجة واليد لقول ابن عباس كل سلطان في القرآن هو الحجة واليد فإذا قال لا سلطان لي عليك فإنما نفى الحجة واليد وليس في شيء منهما لا سيما في نفي الملك كالمكاتب بخلاف نفي السبيل فإنه نفي الطريق والطريق المسلوك لا يراد حقيقته فيجعل كناية عن الملك لأن الطريق ما يتوصل به إلى غيره وتلك في العبد يتوصل به شرعاً إلى نفاذ التصرفات فإذا صح جعله كناية عنه عتق إذا أراده بخلاف السلطان فإنما نفيه نفي اليد وهو غير مستلزم نفي الملك كما في المكاتب فلو جعل كناية عن العتق فيه إزالة اليد والملك يثبت باللفظ أكثر مما وضع له وأنه لا يجوز وكذا لا حجة لي عليك واعلم أن لبعض المشايخ ما لا إلى أنه يعتق بالنية في لا سلطان لي عليك وبه قال الأئمة الثلاثة وقال بعض المشايخ إنه ليس بعيد وعن الكرخي رحمه الله في عمره لم يتضح لي الفرق بين السلطان والسبيل وعن مثل هذا الإمام الذي له مثل هذا المحل يشكل وهو به جدير أما أولاً فلأن اليد المفسر بها السلطان ليس مراداً بها الجارحة المحسوسة بل القدرة فإذا قيل له سلطان أي يد يعني الاستيلاء وقد صرح في الكافي بأن السلطان يراد به الاستيلاء وإذا كان كذلك كان نفيه نفي الاستيلاء حقيقة أو مجازاً فصح أن يراد منه ما يراد من نفي السبيل بل أولى وأما ثانياً فالمانع الذي عينه من أن يراد به العتق وهو لزوم أن يثبت باللفظ أكثر مما وضع له غير مانع إذ غاية الأمر أن يكون المعنى المجازي أوسع من الحقيقي ولا بد في ذلك بل هو ثابت في المجازات العامة فإن المعنى الحقيقي فيما يعبر من إرادة المعنى المجازي كما يعبر بزوال اليد من أفراد المجازي عن العتق أو زوال الملك

وثبت على ذلك عتق ومعنى المسألة اذا كان يولد مثله لمثله فان كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت نسبه منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق لان اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الاول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام لحقيقته والاضافة الى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتي لما بينا ولو قال نويت به المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر ولو قال يا مولاي فكذلك الجواب عندنا لانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر لا يعتق لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل

فلا مما يقتضيه النظر كون ... السلطان من الكتابات **قوله** وثبت على ذلك قيل هذا قيد اتفاقي لا معتبر لذا لم يذكره في المبسوط وذكر في الينابيع الثبات ليس بلازم وفي النهاية رأيت بخط شيخي وفي شرح القدوري لابي الفضل كذا وبقوله وثبت على ذلك انه لم يرجع به الكرا... والشفقة حتى لو ادعى ذلك يصدق وفي اصول فخر الاسلام الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا للعتق ويوافقه ما في المحيط وجامع شمس الائمة والمجتبى هذا ليس بقيد حتى لو قال بعد ذلك اوهمت او اخطأت يعتق ولا يصدق ولو قال لاجنبية يولد مثلها لمثله هذه بنتي ثم تزوجها بعد ذلك جاز اصر على ذلك ام لا قالوا هذا في معروفة النسب اما مجهولة النسب ان دام على ذلك ثم تزوجها لم يجز وان لم يدم جاز قال في المجتبى عرف بهذا ان الثبات شرط الفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق وانما شرط الثبات لثبوت النسب لا العتق لان ثبوت النسب يصح الرجوع عن الاقرار به دون العتق ... منعت من التزوج بمن اقر بنسبها في مختصر الكرخي اذا اقر في مرضه بأخ من ابيه وامه وابن ابن او بعم وصدقه المقر به ثم انكر المريض وقال ليس بيني وبينه قرابة ثم اوصى بماله لرجل ولا وارث له فالمال كله للموصى له لا شيء للمقر له لان المريض جحد ما اقر به من ذلك ولم يكن اقراره لازما ثم اذا قال هذا ابني هل تصير امه ام ولد له اذا كانت في ملكه قيل لا سيما اذا كان الولد مجهول النسب ومعروف البنت وقيل تصير ام ولد في الوجهين وقيل ان كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبه منه لا تصير ام ولد وان كان مجهولا حتى يثبت نسبه منه صارت ام ولد له وهذا اعدل **قوله** اذا كان يولد مثله لمثله يعني اذا كان مثله في السن يجوز شرعا ان يكون ابنا لمثل المدعي في السن هذا هو المراد لا المشاكلة حتى لو كان المدعي ابيض ناصعا والمقر له اسود حالك او بالقلب وسنه يحتمل كونه ابنه ثبت النسب **قوله** وان كان ينتظم الناصر قال تعالى ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم وابن العم كما ذكر في قوله تعالى حكاية عن زكريا عليه الصلاة والسلام واني خفت الموالي من ورائي **قوله** فتعين الاسفل فالتحق بالصريح اورد عليه شارح انه مشترك استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحا فلا بد من النية وقولهم المولى لا يستنصر بمملوكه عادة ممنوع بل يحصل له النصرة بهم على انا نقول الصريح يفوق الدلالة والمتكلم ينادي انا عنيت الناصر بلفظ المولى الدال عليه حقيقة وهم يقولون دلالة الحال من كلامك تدل على ان المراد الاسفل ولا تعتبر ارادة الناصر ونحوه وهذا في غاية المكابرة انتهى والجواب ان قوله استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد ان اراد دائما منعناه يجوز ان ينكشف المراد من المشترك في بعض الموارد الاستعمالية لاقترانه بما ينفي غيره اقترانا ظاهرا كما حققنا فيما نحن فيه معه ان المولى لا يستنصر بعبده ولا ينافيه ما استدل به من قوله يحصل النصرة بهم لان المراد انه اذا اخرجه مرادا يستدعي النصر لعبده بل بني عمه وان كان العبيد والخدم ينصرونه لكنه بنوع من دفاعهم عادة وندائهم لذلك فاين دعاؤه اياهم لذلك من كونهم هم ينصرونه واما قوله الصريح يفوق الدلالة ... الدلالة او الكناية قطعا فنقول هذا الصريح هو قوله اردت الناصر بلفظ المولى انما قاله بعد قوله هو معتق بالصريح في ارادة العتق فانفت حكمه في ذلك ظاهرا وهذا الصريح بعده رجوع عنه فلا يقبله القاضي والكلام فيه ونحن نقول فيما بينه وبين الله سبحانه لو اراد الناصر لم يعتق فاين المكابرة واعلم ان في المسألة خلافا فذهب بعض المشايخ انه لا يعتق في هذا مولاي الا بالنية وانه بين الصريح والكناية **قوله** وقال زفر لا يعتق في الثاني وهو يا مولاي الا بالنية وبقوله قال الشافعي ومالك واحمد لانه

بخلاف ما ذكره لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان إكراما محضا ولو قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق لأن النداء لإعلام المنادى إلا أنه إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما بيناه وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو تخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الإعلام ويروى عن أبي حنيفة رحمه الله شاذا أنه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لأن الأمر كما أخبر فإنه ابن أبيه وكذا إذا قال يا بني أو يا بنية لأنه تصغير الابن والبنت من غير إضافة والأمر كما أخبر وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله لهما أنه كلام محال الحقيقة فيرد ويلغو كقوله أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق ولأبي حنيفة رحمه الله أنه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لأن البنوة في المملوك سبب لحريته إما إجماعا أو صلة للقرابة وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا

يراد به الإكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي إلا أن هذا إنما هو من الكنايات بالاتفاق فإذا قال لعبده ذلك ونوى العتق عتق وكذا في يا سيدي وقد قيل إنه يعتق بهما وإن لم ينو وقيل إذا لم ينو عتق في يا سيدي لا في سيدي والمختار أنه لا يعتق فيهما إلا بالنية **قوله بخلاف ما ذكر** وهو يا سيدي يا مالكي لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق في الحال ولا بالعتق السابق لأنه لا يصير سيدا بالعتق لسيده والوجه أن حقيقته متعذرة للقطع بأن المتكلم حر غير عبد فيتعين المجاز ولم يلزم خصوص المجازي الذي هو العتق لجواز أن يريد مجازا آخر هو الإكرام فلا يتعين لأحدهما إلا بالنية فقلنا إذا نوى بيا سيدي العتق عتق أما إذا لم يكن له نية صير إلى الأخص الذي هو الإكرام لأن زوال الملك لا يثبت مع الاحتمال إلا بالنية بخلاف يا مولاي فإنه حقيقة في الأسفل فيثبت العتق بعد انتفاء الحقائق الأخر بالتنافي **قوله ولو قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق لأن** النداء لإعلام المنادى بمطلوبية حضوره فإن كان بوصف يمكن إثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقا له كما سلف وإن لم يكن فهو لمجرد الإعلام والبنوة لا يمكن إثباتها من جهة المعتق إلا تبعا لثبوت النسب وعلى هذا فينبغي أن يكون محل المسألة ما إذا كان العبد معروف النسب وإلا فهو مشكل إذ يجب أن يثبت النسب تصديقا له فيعتق وفي نوادر ابن رستم عن محمد لو قال لعبده يا عمي يا خالي أو يا أبي يا جدي أو يا ابني أو لجارية يا عمتي يا خالتي أو يا أختي أو لعبده يا أخي لا يعتق في جميع ذلك ووجهه على وجهين واعلم أنه إذا كان المقصود من النداء استحضار الذات لا إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهة المنادي بذلك اللفظ حمل إثباته مع النداء وإلا فلا شك أن الابنية لا يمكن إثباتها بذلك اللفظ سواء خلق من مائه أو من ماء غيره فقول المصنف لأنه لو خلق من ماء غيره إلى آخره لا فائدة فيه للقطع بأنه إذا خلق من مائه ليست الابنية إلا بذلك التخليق من ذلك الماء لا بهذا اللفظ وقد يقال على أن ثبوتها لا بطريق الاقتضاء وذلك لأن ما يثبت لتصحيح غيره يجب كونه خبرا ضمنيا عن ما تضمنه النداء بالوصف وعلى هذا فقد منا تقريره في يا حر مساواته لعدم اختلاف الجواب فإن انتفاء الحرية فإن قررت ثبوتها إما للخبر الضمني أو إثباتها منه بلفظ النداء بالوصف يحصل المقصود وأما الرواية عن أبي حنيفة التي ذكرها المصنف شاذة فليس وجهها إلا لزوم الثبوت اقتضاء للخبر الضمني بتحقق وصف الابنية غير أنه يستلزم ثبوت النسب إذا كان العبد مجهول النسب ومثله يولد له وعدم العتق إذا كان معلوم النسب **قوله لهما أن هذا كلام محال** أي معناه الحقيقي محال فيرد فيلغو لغوه إذا ما لغوا لم يوجب حكما أصلا لا باعتبار الحقيقة وهو ثبوت النسب ولا باعتبار المجاز وهو ثبوت العتق كما أنه لما قال أعتقتك قبل أن أخلق لم يثبت به العتق وهذا بناء على أن شرط صحة المجاز عندهما تصور حكم الأصل فإن المجازي ليس محالا وعنده لا بل الشرط صحة التركيب لغة بأن يكون مثلا مبتدأ وخبرا من سما بينهما وجه في المعنى سعد في التفريع ونحوه وبه يعرف أن استدلال المصنف لهما في غير محل النزاع لأنهم لا ينكرون أن البنوة سبب للعتق وأنه طريق المجاز بل يشترطان بعد ذلك شرطا آخر وهو تصور حكم الأصل أي الحقيقي فتحرير محل النزاع أن يقول اتفقوا على أن المجاز خلف عن الحقيقة لوجود معنى الخلف به والأصل أن لا يصار إلى المجاز إلا عند تعذر معنى الحقيقة أو تعين المجاز بدليل آخر ثم اختلفوا في جهة الخلفية فعندهما الخلفية فيما في الحكم يعني أن الحكم الذي يثبت بالمجاز كثبوت الحرية بلفظ هذا ابني خلف عن الحكم الذي يثبت بهذا اللفظ إذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب وعند أبي حنيفة في التكلم يعني نفس الكلام فيكون لفظ هذا ابني مستعملا في الحرية خلفا عن هذا ابني مستعملا في ثبوت البنوة وقيل بل خلف عن لفظ هذا حر وهو الأصل والأول أوجه أن كان

أو لأن الحرية لازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الإلغاء بخلاف ما استشهد به لأنه لا وجه له في المجاز فتعين الإلغاء وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره قطعت يدك خطأ ثم جاء بهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الإقرار بالمال والتزامه وإن كان القطع سببا لوجوب المال لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الأرش وإنه يخالف مطلق المال في الوصف حتى يجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته بدون القطع وما أمكن إثباته فالقطع ليس بسبب له أما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما فأمكن جعله مجازا عنه ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثله فهو على هذا الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة وهو الأب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الأبوة والبنوة لأن لهما موجبا في الملك من غير واسطة

شيء آخر حيث إنهم لم يحكموا إلا فيما سوى ذلك من جهة الحقيقة شرطا أو ليس يكون فيها في الأصل أيضا إنه نفس اللفظ الذي هو المجاز في الاستعمال الحقيقي أو الاقتضاء الذي يؤدي ذلك المعنى المجازي بطريق الحقيقة وقال فخر الإسلام في تحرير قول أبي حنيفة رحمه الله في صحة الأصل من حيث إنه مبتدأ وخبر موضوع للإيجاب بصيغته فإذا وجد وتعذر العمل بحقيقته أي الحكم ما ذكره ولا شك أن صحة الأصل مع تلك الجهة مع تعذر معناه الحقيقي إنما هو في هذا الذي للأكبر إذا هو صحيح لفظه ولم يتعذر معناه الحقيقي ما استدل لهم به لا وجه في المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له إلى التجوز فيه لتوقف اللازم على الملزوم فلا بد من إمكان الاستعمال لأن الموقوف على المحال محال ومثلوا بالقياس على مسألة الحلف على مس السماء وشرب ماء في هذا الكوز ولا ماء فيه حيث يحنث عقيب اليمين في الأولى وتجب الكفارة فيه دون الثانية لوجوب الكفارة خلفا عن البر ولما أمكن البر في الأولى لتصور مس السماء انعقدت في حق الخلف ولما لم يتصور في الثانية لم ينعقد فبطل الخلف يعتمد قيام إمكان الأصل فمن فارق بأن الحكم هو المقصود والاحكام شرعت لأحكامها فلا بد من تصور الحقيقة بين اللفظين من جهة ما هو المقصود وعند الأولى من غيره وأجيب عن الأول بأن توقفه على فهم الموضوع له على أنه غير مراد لينتقل منه إلى اللازم المراد وفهمه لا يستلزم إمكان تحققه في الخارج وأجيب عن الثاني أن تلك الخلفية بين حكمين شرعيين وهي خلفية حكم شرعي لآخر وكونه إنما يتعلق شرعا بتقدير تعذر خال الأول وهذا فرع تعلق الأول وتعلق الخطاب دائر مع الإمكان الذاتي كالكفارة في الحلف على المس والتيمم لو تعذر ما يتصور شرعا ما تعلق استحالة أصله لأنه لا التعلق إذ ذاك ولم تجب في مسألة الكوز لعدم تعلق وجوب البر وحكم ظهر أنه لا يلزم من إمكان محل حكم شرعي لتعلق الحكم بخلفه ولزوم إمكان معنى وضع له اللفظ لصحة استعمال ذلك اللفظ سائر إذ ليس كما ذكرنا أن حكم اليمين الأصلي هو وجوب البر لا البر نفسه والجواب عن الثالث أن هذا تصرف باللفظ بأن يستعمل فيما وضع له وآخر فيما لم يوضع له لم يعلم من جهة أهل اللسان أنهم اشترطوا لذلك سوى وجود شيء يجوز التجوز وهو لا يحتاج إلى إدراكه الحقيقي ثم الحاجة إلى إدراكه ليس لتحصيل المستعمل العلاقة فإنه ما لم يتصور لم تعلم العلاقة فكانت الحاجة إلى مجرد تصوره إليها غير مقصود بالذات فاشتراط إمكان وجود معنى الحقيقي في الخارج لم يدل عليه دليل بل اللغة تنفيه لأنه يستلزم أن لا مجوز فإنه وزان هذا ابني للأكبر سنا فإن المعنى المركب الحقيقي مستحيل لاستحالة كون الإنسان أسدا والاتفاق على أنه ذو بلاغة وما فرق به من أن هذا استعارة جملة بخلاف هذا ابني فإن المجاز في مفرد هنيئة دون الألفاظ ممنوع وإذا ثبت اشتهار هذا الشرط فإذا تكلم بكلام وتعذر الحقيقي له وللكلام طريق تجوز به فيه تعين نواه أو لم ينوه وإلا لزم إهمال كلام العاقل ولا شك في فيه كذلك فإنه يكون مجازا في معنى عتق على من حين ملكه بإطلاق اسم الملزوم في لازمه ثم إن كان هذا داخلا في ملكه عتق ديانة وقضاء والإقتضاء ولا تصير أمه بذلك أم ولد له بخلاف أعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق لأنه لا طريق فيه للمجاز علمنا ثم قوله وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره إلخ جواب عن مقيس آخر لهما هو ما إذا قال لآخر قطعت يدك خطأ فأخرجهما صحيحتين فإنه يلغو هذا الكلام بالاتفاق ولم يجعل مجازا عن الإقرار بالمال لعدم إمكان معناه الحقيقي فأجاب بأن لغوه ليس لتعذر الحقيقي

ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله لانه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه ولو قال لعبد لا هذا ابني عتق وقيل على الخلاف وقيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر ولو حققنا في النكاح وان قال لامته انت طالق او بائن او تخمري ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي رحمه الله تعتق اذا نوى

بل للتعذر كل منه ومن المجازي لان المال الذي القطع سببه مال مخصوص وهو الارش الواجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته الا بعد حقيقة القطع فلا يمكن جعل اللفظ تجوزا بالسبب عن المسبب والذي يمكن اثباته وهو مطلق المال ليس القطع سببا له فامتنع ايجاب المال به مطلقا ضرورة بخلاف ما نحن فيه لان الحرية لا تختلف لكن ذاتها حاصلة عن لفظ حر او لفظ ابني فامكن المجازي حين تعذر الحقيقي فوجب صونه عن اللغو قوله ولو قال هذا ابي الخ جواب عما قيل انه يلغو فقال بل هو على الخلاف ايضا فعند ابي حنيفة يعتق واما لو قال لعبده هذا جدي فاجاب عنه اولا بانه على الخلاف وقيل هو الاصح لانه وصفه بصفة من يعتق بملكه وثانيا بالفرق فانه لا يعتق اتفاقا وهي ان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب ولا وجود له في اللفظ قوله ولو قال هذا اخي اي لعبده لا يعتق في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وعنه يعتق وهي رواية الحسن ووجه الروايتين ما بيناه فوجه رواية الحسن على قوله ان البنوة سبب الحرية في المملوك والعبد عنه بهذه وهو ان الاخوة سبب لعتق المملوك وحوالة الظاهر على قوله في هذا جدي وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الى آخر ما ذكره وتقريره ههنا ان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب او الام ولا ذكر لما به يفيد الحكم في التركيب فلا يفيد حكما ولان الاخوة تقال لما بالنسب في الرضاع والدين فلا يتعين النسب الا بدليل حتى لو قال من ابي او من امي او من النسب عتق اذا عرف هذا فلا شك في صحة الاصل المذكور لكن تخريج الفرع عليه قد يرد عليه منع التعيين لثبوت استعماله كثيرا في معنى الشفقة فيجب المصير اليه فلا يتعين واحد من المعنيين المجازيين او يتعين هذا لانه الايسر كما قررنا في يا سيدي يا مالكي لما تعذر الحقيقي لم يعتق عليه في القضاء الا بالنية فان اجيب بان اعتبار النافذ في الشرعيات اولى وهي المتعينة ههنا ورد عليهم هذا اخي فانه لا يعتق به ودفعه بانه مشترك بين المشارك في النسب والدين والقبيلة وحكم المشترك التوقف الى القرينة حتى لو قال من ابي ونحوه عتق وبان العتق يلزم الولاد ولا ذكر له في اللفظ ليكون مجازا عن لازمه فامتنع لعدم طريقه يرد عليه منع الاشتراك بل هو حقيقة في النسب مجاز في الباقيات ولو وانهما كان المجاز اولى وان علة عتق القريب عندنا القرابة المحرمة لا خصوص الولاد ولذا يعتق في هذا خالي وعمي بلا خلاف بين اصحابنا ذكره في البدائع وفرق بينه وبين هذا اخي بانه يحتمل الاكرام والنسب بخلاف العم فانه لا يستعمل للاكرام عادة وهذا يقوي ما اوردناه في هذا ابني فلا يتخلص الا بترجيح رواية العتق في هذا اخي وهي ما انتقاها المص قوله ولو قال لعبده هذا ابنتي فكذا اذا قال لامته هذا ابني لا يعتق وان كان يولد مثله لمثله لان الاول مجاز عن عتق في الذكر لانه بجهة البنتية حقيقة والثاني عنه في الانثى فانه حقيقة لانتفاء محل يتنزل فيه ولا يتجوز بلفظ الابن في البنت وقلبه اتفاقا لعدم لازم مشهور وغيره لئلا يلزم تعميم اللفظ في معنيين مجازيين احدهما من حيث هو والآخر من حيث هو مضاف وقد ذكرنا فيما كتبناه على البدائع ان الاتفاق على منع اللهم الا ان يعتبر المجاز عقليا في نفس اضافة البنت وكل من لفظ الاشارة والبنت والياء حقيقة فالتجوز في نسبة المراد بالاشارة بالبنتية الى مسمى الياء عن نسبة اليه بالعتق فيتعين الاول وما ذكره المص بيان تعذر عتقه بطريق آخر وهو انه اذا اجتمعت الاشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار تعلق بالمشار وان كان من خلاف جنسه تعلق بالمسمى تبين هذا الاصل في باب المهر وهو الذي اراد بقوله حققناه في النكاح والمشار اليه مع المسمى جنسان لان الذكر والانثى في الانسان جنسان لاختلاف المقاصد فيلزم ان يتعلق الحكم بالمسمى اعني مسمى بنت وهو معدوم هنا لان الثابت ذكر

وكذا على هذا الخلاف سائر الفاظ الصريح والكناية على ما قال مشائخهم رحمهم الله انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التابيد من شرطه والتاقيت مبطلا له وعمل اللفظين في اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية

قوله وكذا على هذا الخلاف جميع الفاظ الصريح كانت مطلقة والطلاق والكنايات كما لو قال لامته انت علي حرام او بائن او بتة او بتلة او بنت مني او خلية او برية او حبلك على غاربك واخرجي وقومي واذهبي واعزبي واختاري فاختارت نفسها وتقنعي او قال ذلك لعبده او قال له طلقتك لا يعتق في ذلك كله وان نوى بخلاف ما تقدم من قوله اطلقتك ونوى حيث يعتق بالاتفاق وقال الشافعي يعتق في ذلك كله اذا نوى وعن احمد روايتان احداهما كقولنا الاخرى كقوله **قوله** لان بين الملكين اي ملك الرقبة وملك النكاح موافقة **قوله** اذ كل منهما الخ حاصله انه اثبات للمشابهة بين الملكين اعني ملك الرقبة وملك النكاح وبين التصرفين الواردين عليهما اما الاول فان النكاح في حكم ملك العين شرعا لا ملك المنفعة ليترتب لازم ملك العين شرعا عليه وهو اشتراط التابيد له كما في البيع وانتفاء لازم ملك المنفعة عنه وهو التوقيت حتى انه يبطل به اذ هو لازم لملك المنفعة اعني الاجارة واستفاد بكل منهما ملك الوطي بخلاف الاجارة واما الثاني فلان كلا من التصرفين اسقاط للملك ولهذا يصح تعليقه بالشرط ولزمت السراية فيه واما الاحكام التي هي ملك البيع والشراء والشهادة والقضاء وتملك الاموال وهي معنى القوة الشرعية فليس العتق هو المثبت لها بل تثبت بسبب سابق على العتق وهو كون العبد آدميا مكلفا فان هذه خصائص الآدمية فالآدمية مع التكليف هي السبب وانما امتنعت بمانع الرق وبالعتق يزول المانع فيظهر اثر المقتضي كالزوجة في حق الخروج والتزوج امتنع بمانع الزوجية حفظا للنسب ولا تسلب اهليتها عنه ثم بالفرقة يزول المانع لها عنه ولهذا يصح لفظ العتق والتحرير كناية عن الطلاق فيجب ان يصح الطلاق كناية عن العتق لان صحة الاول للمناسبة وهي مشتركة لا منا نسبة بين الطرفين فاذا ناسب الشئ غيره ناسبه الآخر **قوله** ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه اي ما لا يسوغ استعماله فيه فلم يبق سوى مجرد النية ومجرد النية من غير لفظ مستعمل في المعنى جائز الاستعمال فيه لا يوجب شرعا ثبوت ذلك المعنى الشرعي كما لو قال اسقني ينوي به العتق او الطلاق لا يقعان وانما قلنا انه لا يسوغ استعماله فيه لان مسوغ استعمال اللفظ في المعنى اما وضعه له او التجوز به فيه فالاول منتف وكذا الثاني لان التجوز له طرق مخصوصة لغة وضع واضع اللغة انواعها وهذا ما يقال ان نوع العلاقة موضوع ووضع نفس اللفظ للمعاني المجازية وضعا عاما وهذا ما يقال المجاز موضوع وضعا نوعيا وحقيقة حاصل معنى قوله كل لفظ وضع بين مسماه ومعنى آخر مشترك اعتبرته فلك ان تطلقه على ذلك المعنى وثبوت اعتباره عنه بان ثبت عنه انه استعمل اللفظ باعتبار جزئي من جزئيات ذلك المشترك فثبت به اعتباره لذلك النوع لتحققه في ذلك الجزئي او نقل اتباع فالثابت باعتباره في علاقة المشابهة ان يكون في وصف خارج ظاهر في المتجوز عنه ثبوته فيه اقوى منه في المتجوز فيصير المتجوز به مشبها والمتجوز عنه مشبها به وقولهم يشترط كونه وصفا مختصا مرادهم كونه ظاهرا في المشبه به المتجوز عنه لا حقيقة الاختصاص والا لم يكن مشتركا فلا يتجوز باعتبار والى ما ليس هو فيه فالاول لا يجوز التجوز بالاسد للابخر والمحموم مع انهما وصفان ملازمان للاسد لعدم ظهورهما وشهرتهما والثاني وجب ان لا يكون المعنى المشترك في محل المجاز اكثر منه في محل الحقيقة اذا عرف هذا فنقول الاعتاق لغة هو اثبات تلك القوة لانه فصلنا فروعها للعلم بعدم ملك تلك الامور قبله والاصل في اضافة عدم الشئ ان يكون الى عدم المقتضي لا الى قيام المانع لان عدمه هو الاصل في عدم الحكم لان الغالب ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضي ولو سلم فالاصل عدم المقتضي فيبقى على العدم الم تثبت وجوده ولم يثبت ودعواه ان الآدمية مع التكليف ممنوعة بل مجرد ذلك لا يقتضي ملكا لا عقلا فظاهر ولا شرعا فلم يثبت بل انما يثبت

ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأسك رأس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميع البدن **فصل** ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن النبي عليه السلام وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا او غيره

ثم جاز ان ذلك الملك مع الحرية فتمكن على السبب الشرعي والطلاق لازالة قيد النكاح ليحلو لها القائم حتى يجوز الخروج والتزوج وهذا لان ملكها استحق الثبوت بعد التزوج حتى جاز بيعها وشراؤها وشهادتها لم يمتنع منها سوى ما فيها لحفظ النسب ولا مناسبة بين ازالة المانع في محل يعمل الملك القائم محله وبين اثبات الملك الزائل بمحل بملاقيه يجوز التجوز وهي بان يكون تختصه بالتجوز عند اي ظاهرة مشهورة ثبوتها فيه اقوى منه في محل المجاز المشبه بل هو هنا عكس هذا فان الاسقاط المشترك ثبوته في العتق اكثر واقرب من الطلاق التجوز بلفظ الطلاق فيقتضي كون الطلاق هو الاكثر استعمالا واشهر فلذا جاز التجوز بلفظ العتق عن الطلاق لو قوعه على وفق الشرط المذكور وامتنع عكسه ولان العتق سبب لزوال ملك المتعة حيث كان سبب زوال ملك الرقبة فهو فيه اقتضاء السبب لم يتخلف قيد فانه السبب في السبب وهو ممنوع الا ان تحقق الاول المسبب من سبب المعين فلا تلازم فلا علاقة وما قيل ليس سببا ايضا بدليل ان الامة لو كانت متزوجة فاعتقها لا يوجب زوال ملك المتعة انما هو بناء على اعتقاد ان المراد بالسبب العلة وهو منتف ولو سلم فالعلة انما تؤثر عند كون الحكم معدوما قبلها الا ترى ان البول بعد الرعاف لا يوجب حدثا ولم يخرج بذلك عن كونه علة للحدث مثله من لم يتوضأ انه يوجب حدثا آخر يمكن ان يقال اوجب العتق حرمة اخرى للمتعة فمن هنا قيل الكنايات منها ما يقع العتق به بلا نية كقوله تصدقت عليك بنفسك او ملكتها او وهبت نفسك منك او بعت نفسك منك ولست نفسك منك فهذه كنايات لا تحتاج الى النية لان الاحتياج اليها اذا كانت تحتمل معاني وهذه لا تحتمل غير العتق فاستغنت عنها ومنها ما يقع بالنية كما تقدم فمنها ما لا يقع وان نوى كلفظ الطلاق وكناياته والتحقيق في مثل الاول ان يقال انه ملحق بالصريح كما في قوله من حيث ان ما سوى العتق انتفت ارادته فتعين فالتحق بالصريح وانتفاء المعنى المزاحم هنا بسبب تعذر حقيقة الملك للعبد فتعين المعنى المجازي وهذا بناء على ان الصريح يخص المعنى والا فيبان تعبير سحاديه قال جماعة وهو الحق وقد اخترناه في كتابنا **قوله** ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ في الاصول في تدبيره قول الاصل انه لا ينافي توهم الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا واما كونه اثباتا مؤكدا فلوروده بعد النفي بخلاف الاثبات المجرد

قوله ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأسك رأس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميعه وهذا يقتضي انه لا ينوي كما لو قال رأسك حر فانه لا يحتاج الى النية لكن المسألة منقولة من نوادر ابن سماعة لو قال رأسك رأس حر عتق اذا نواه وفي نوادر هشام قال ابو يوسف لو خاط مملوكه ثوبا فقال هذه خياطة حر لا يعتق وفي الماوردي لو رآها تمشي فقال هذه مشية حرة او تكلم فقال هذا كلام حر لم يعتق الا ان يقول اردت العتق وهذا قول ابي يوسف قال الحسن بن زياد في قول ابي حنيفة يعتق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال حسبتك حرا واظنك حرا وعلمه انه من سبي لا يعتق لانه صادق وكذا لو قال ابواك حران وفي نوادر المعلى قال ابو يوسف لو قال فرجك حر من الجماع فهي حرة في القضاء ليسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولا يعتق وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال لست كان حرا وكذا اذا ذكر حر وتقدم

فصل اعقب العتق الاختياري بالاضطراري **قوله** وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه النسائي عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه

والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس او لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاء فامتنع الالحاق والاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى يجب النفقة ويحرم النكاح

وضعفه البيهقي والنسائي بسبب ان ضمرة انفرد به عن سفيان وصححه عبد الحق وقال ضمرة ثقة واذا اسند الحديث ثقة فلا يضر انفراده به ولا ارسال من ارسله ولا وقف من وقفه وصوب ابن القطان كلامه وممن وثق ضمرة ابن معين وغيره وان لم يخرج له في الصحيحين واما الحديث الثاني وهو قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر فاخرجه اصحاب السنن الاربعة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة وحماد فقد شك فيه فان موسى بن اسمعيل قال في موضع آخر عن سمرة فيما يحسب حماد فقد رواه شعبة مرسلا عن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم وشعبة احفظ من حماد انتهى وفيه مثل ما تقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهو ان رفع الثقة لا يضره ارسال غيره ورواه الطحاوي من حديث الاسود عن عمر رضي الله عنه موقوفا وروى من حديث ابن عمر موقوفا وعائشة وعلي رضي الله عنهم باسانيد ضعيفة وروى الطحاوي باسناده الى سفيان الثوري عن سلمة بن كهيل عن المستورد ان رجلا زوج ابن اخيه مملوكته فولدت اولادا فاراد ان يسترق اولادها فاتى ابن اخيه عبد الله بن مسعود فقال ان عمي زوجني وليدته وانها ولدت لي اولادا فاراد ان يسترق ولدي فقال ابن مسعود كذب ليس له ذلك وفي المبسوط ان ابن عباس رضي الله عنه قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله اني دخلت السوق فوجدت اخي يباع فاشتريته واني اريد ان اعتقه فقال عليه السلام ان الله قد اعتقه **قوله** والشافعي الخ وبقولنا قال احمد وذكر الخطابي في معالم السنن انه قال اكثر العلماء وقال روي ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة وبه قال الحسن البصري وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزهري وحماد والحكم والثوري وابن شبرمة وابو سلمة والحسن بن حي والليث وعبد الله بن وهب واسحق والظاهرية وقال مالك يعتق في قرابة الولاد والاخوة والاخوات لا غير وفي المبسوط قال داود الظاهري اذا ملك قريبه لا يعتق بدون الاعتاق لظاهر قوله عليه السلام لن يجزي والد ولده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ولو عتق بنفس الشراء لم يبق لقوله فيعتقه فائدة ولان القرابة لا تمنع ابتداء الملك فلا تمنع بقاءه ولنا قوله تعالى وما ينبغي للرحمن ان يتخذ ولدا ان كل من في السموات والارض الا آتي الرحمن عبدا لقد احصاهم وعدهم عدا اثبت به ان الابنية تنافي العبدية فاذا ثبتت الابنية انتفت العبدية والمراد بالنص فيعتقه بذلك الشراء كما تقول اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه والتعقيب حاصل اذ العتق يعقب الشراء وانما ثبت له الملك ابتداء لان العتق لا يحصل قبله بخلاف ملك النكاح لم يثبت ابتداء لانه لا فائدة في اثباته لاستحقاق البنوة **قوله** له ان ثبوت العتق من غير مرضات المالك في الولاد ينفيه القياس على غير القريب من البعيد وعلى سائر الاملاك اذ لا تخرج عن ملك مالكها من غير رضاه واختياره اولا لا يقتضيه القياس ولا ينفيه وقد ثبت العتق في الولاد بالنص والاجماع الا من لا يعتد بخلافه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق اي الحاق غير الولاد بالولاد بطريق القياس والاستدلال اي الالحاق بطريق الدلالة لعدم الاولوية والمساواة بل يجب الالحاق بغير المحارم من القرابات فان ثلاث قرابات ولاد وغيرها المحرمية وعدمها كابناء الاعمام والعمات وابناء الاخوال والخالات ويجب رد المتنازع فيه الى ما هو اشبه به من قرابتي الولاد وغير المحارم وهو بالثاني اشبه حقيقة وحكما اما حقيقة فلان قرابتهم قرابة مجاورة في الرحم وقرابة الولاد قرابة بعضية واما الثاني فلانا رأينا احكامهم متحدة بغير المحارم في الشهادة والقود وحل الحليلة وامتناع التكاتب وكذا في هذا الحكم **قوله** ولنا ما روينا فيتضمن معه جميع المعاني المعينة والقياس الصحيح بل لان النص

لآخر وقد بينا اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة ولو كاتب او اشترى احد من يعتق عليه لا يكاتب عليه ايضا لانه ليس له ولاية التبرع على الاعتاق والاشتراط عند التمليك الولاء لا لما فيه من مقاصد الكتابة فلا تمنع البيع بعتق حقيقة المقصود بالعقد قال ابو حنيفة في الحديث بالاخر انه لا يعتق ولو قيل ان منهم من يحيل ما اذا ملك ابنه من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة ومن اعتق عبدا لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق اما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه في كتاب الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط

تقريره لك قرينة قرابة موثرة في المحرمية فيعتق عليه كما في الولاد وهذا اعني كونه قرابة موكدة في المحرمية هو الموثر في الاصل وهو قرابة الولاد عتق والذي تعلق به الحكم فيه الولاد فقط ونحوه نقول فغاية ما يثبت ان لا اثر عدم العلة في الفرع وهو لا يستلزم عدم الحكم فيه لجواز ان لعلل الاصل اخرى متعدية الى الفرع لكنه وهي ايضا من القرابة المحرمية لانها قد ظهر اثرها في جنس هذا الحكم وهو فرع ذلك التكاثر الذي هو دليل الدليلين وهو يوثر في نوع احد بابا وهو ملك الرقبة اولى وهذا المسلك من مسالك العلة هو الذي ادراج في صحته والنص ايضا يدل على تعيينه وهو ما بيناه وقد عرف الشرع تعليق الحكم بالقرابة المحرمية لما عرف في الفقه الغاسد عنه وقولهم حتى وجبت النفقة الزام نحن قائلون به لكنه لما ثبت بالدليل وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك الزمهم غير معتبر خلافه وكذا شبهات الاتفاق وقولهم ان الحديث لم يثبت غير صحيح لثقة الرواة وليس فيه سوى الانفراد بالرفع وهو غير قادح لان الراوي قد يرسل وكثيرا ما يرسل وسلمنا انه ارسل فلا بد ان يكون عن واسطة وغاية الامر انه عين الواسطة مرة وترك اخرى ولو كان مرسلا كان من المرسل المقبول اما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك واحمد فيقبل بلا شرط بعد صحة السند وقد علمت صحته واما على قول الشافعي فيقبل اذا اعانه العمل الصحابة على وفقه وانت سمعت ان الثابت قول بعض الصحابة ولم يثبت من غيرهم خلافهم فثبت بهذا مشاركة هذه القرابة للولاد في هذا الحكم وان شاركها غير المحارم في غيره فلا يتعارض فما اعتبارهم بهم فيه الا انه الحاق بالاشبهية ولا اثر له ولو كان صحيحا عندنا فالمعنى الذي ظهر اثره في جنس الحكم اولى منه فكيف مع النص على نفس حكم الفرع **قوله** ولا فرق فيما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام وكذا لا فرق فيما اذا كان العبد مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة وهي القرابة المحرمية وقيد بقوله في دار الاسلام لان الحكم يتنافى في الحرب فلو ملك قريبه في دار الحرب لا يعتق المسلم قريبه في دار الحرب لا يعتق خلافا لابي يوسف وعلى هذا الخلاف اذا اعتق الحربي عبده في دار الحرب ذكر الخلاف في الايضاح وفي الكافي للحاكم عتق الحربي في دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافا اما اذا اعتقه وخلاه قال في المختلف يعتق عند ابي يوسف ولا ولاء له وقالا لا ولاء له فكن عتقه بالتخلية لا بالاعتاق فهو كالمراغم ثم قال المسلم اذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فاعتقه ثم القياس ان لا يعتق بدون التخلية لانه في دار الحرب لا يجري عليه احكام الاسلام وفي الاستحسان يعتق من غير تخلية لانه لم ينقطع عنه احكام المسلمين والولاء له عندهما وهو القياس وقال ابو يوسف له الولاء وهو الاستحسان وذكر قول محمد مع ابي يوسف في كتاب السير وعلى هذا فالجمع بينه وبين ما في الايضاح ان يراد بالمسلم ثمة الذي نشأ في دار الحرب وهذا نص على انه ادخل هناك بعد ان كان هنا فلم ينقطع عنه احكام الاسلام وهذا بخلاف استحقاق النفقة لانها منوطة بعلة القرابة الموثرة بالنص فلم تجب مع اختلاف الدين **قوله** لانه لم يملك عند القدرة جواب عن اعتبار دليل المكاتب قال تحت العلة التي عينها الشرع اقرار الوصل والافتراض انما يثبت عند القدرة وانما هي قائمة في الحر والمكاتب عبد لا يقدر على الاعتاق والكتابة نوع اعتاق فليس كتابة غير الولاد وما ينتظم كتابة بخلاف كتابة الولاد فانه لا يكون الحرية قائمة يدخل لان الكتابة ترد على جميع اجزائه على ان عن ابي حنيفة انه يكاتب على الآخر وهو قولهما فتقاان تمنع والجواب عن الشهادة والزكوة ان عدم جوازها في قرابة الولاد باعتبار انه تمليك من نفسه وشهادة لها من وجه وهذا المانع منتف في غير الولاد **قوله** وعتق المكره والسكران واقع في المكره خلاف الائمة الثلاثة والاكراه لا يزيل الا الرضاء والعتق لا يتوقف عليه ولهذا عتق الهازل وفي السكران اتفاقهم على الوقوع على المختار عندهم وتقدم في الطلاق **قوله** اما الاضافة الى الملك كان يقول ان ملكتك

فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة اليها ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد ذلك بالاضافة الى الجنين وشئ من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز

او بكت عبدا او نحوه ثم زوجت نفسه خلافا للشافعي اي وحده فان مالكا يوافقنا فيه كذا عن احمد وفرق بينه وبين الطلاق انه لم يجز اضافته الى الملك بخلاف العتق بان العتق مندوب اليه بخلاف الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما على ما عرف فلم يفترقا في ذلك **قوله** فيجري فيه التعليق لا خلاف فيه بيننا وبين الشافعي رح انما الخلاف في انه هل يشترط للوقوع بقاء الملك من حين التعليق الى وجود الشرط فعندنا زوال الملك فيما بين التعليق ووجود الشرط لا يبطل اليمين وعنده يبطله والخلاف مبني على انعقاد المعلق سببا في الحال عنده وعندنا عند وجود الشرط **قوله** واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق سواء خرج سيده بعده مسلما او لا وقيد بالخروج لانه لو اسلم ولم يخرج لم يعتق وبقولنا قال الائمة الثلاثة وقال الاوزاعي اذا خرج سيده مسلما رد اليه وعند الشافعي رح اذا اسلم عتق خرج او لم يخرج واورد ان حرم عليه ان سلمان اسلم وسيده كافر ولم يعتق بذلك ثم اجاب بانه لم ينقل بهذا الاعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم من خرج اليه مسلما من عبيد اهل الطائف وهي بعد الخندق بدهر وبدعوى فسخ تملك الكافر للمؤمن بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولا شك في اتحاد الايراد وهو منابيع عليلا ولا نافي الجواب لا يخفى **قوله** لقوله عليه السلام في عبيد الطائف اخرج ابو داود في الجهاد والترمذي في المناقب عن علي والسياق لابي داود قال خرج عبدان يعني العبيد الى رسول الله صلعم يوم الحديبية قبل الصلح فقال مواليهم يا محمد والله ما خرجوا رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال اناس صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فغضب عليه السلام وقال ما اراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وابى ان يردهم وقال هم عتقاء الله سبحانه قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه الا من هذا الوجه ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وذكر الواقدي في غزوة الطائف من كتاب المغازي جماعة من العبيد خرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم واحدا واحدا ابو بكرة ووردان والمنبعث والازرق ومحسن النبال وابراهيم بن جابر ويسار ونافع ومرزوق كل هؤلاء اعتقهم عليه السلام فلما اسلمت ثقيف تكلموا في هؤلاء ان يردوا الى الرق فقال عليه السلام اولئك عتقاء الله لا سبيل اليهم واخرج عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم عن سليمان حدثنا ابو عثمان النهدي عن ابي بكرة انه خرج الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر اهل الطائف ثلاثة وعشرين عبدا فاعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهم الذين يقال لهم العتقاء وفي مراسيل ابي داود فلما اسلم مواليهم ومنهم النبي صلى الله عليه وسلم الولاء اليهم وفيه مجهول واخرجه البيهقي مرسلا وقال ثم وفد اهل الطائف فاسلموا فقالوا يا رسول الله ردهم الينا رقيقا الذين اتوك فقال صلى الله عليه وسلم اولئك عتقاء الله ورد على كل رجل ولاء عبده فجعله اليه ولاء لاحتراز عن بقاء الرق فانه يمتنع ابتداء الاسلام لا بعد ثبوته فلا يرتفع **قوله** عتق حملها تبعا لها وهذا باجماع الاربعة ولو استثناه لا يصح كاستثناء جزء منها خلافا لاحمد واسحق والنخعي والشعبي وعطاء وابن سيرين لما روى عن ابن عمر وابي هريرة انهم اجازوا عتق الجنين دون امه ولعله لنفخ الروح فيه وتعلق امر الله تعالى به وقال ابو يوسف اذا خرج اكثر الولد فاعتقت لا يعتق الولد لانه كالمنفصل في حق الاحكام حتى تنقضي العدة ولو مات في هذه الحالة يرث بخلاف ما اذا مات قبل خروج الاكثر **قوله** ثم اعتاق الحمل صحيح عند الجمهور خلافا للظاهرية ولا يجوز بيع الام اذا اعتق ما في بطنها ويجوز هبتها والفرق ان استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز قصدا فكذا حكما بخلاف الهبة **قوله** لما فيه من قلب الموضوع والاستحقاق ام الولد العتق بولدها ثم عتقها عن موت السيد بذلك السبب فبالنص على خلاف القياس وقد يقال هذا اثر ومقتضاه لو كان عتق ام الولد تبعا للعتق ثبتا بالنص وهو منتف اذ هو فرع عتقه وهو فرع سابقه وليس كذلك لا يتعلق حرا فلا يرفع الالتفات الى الجواب بانه ثبت بالنص على خلاف القياس وتذكر انه انما يعتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من حين اعتقه **قوله** والقدرة

على ما في البطن وتسليم الحبل وقت العتق او جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادرى من الحبل **قال** وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وامومية الولد والكتابة

عليه اي على التسليم فلذا لم يجز بيع الآبق ويجوز عتقه **قوله** على ما في الخلع اي كما هو في الخلع اذ لا تغرير راجحة فانه لم يذكره في هذا الكتاب والفرق بين هذا و حيث يجوز اشتراطه بدلا على ما بيّن ان العتق على مال معاوضة فانه يملك العبد به نفسه وتحدث له القوة الشرعية وذلك اي شيء يعتبر لا يجوز اشتراط العوض الا على من يسلم له المعوض كما في البيع والاجارة بخلاف المرأة فانها لا تحدث لها قوة به ولا تملك نفسها لان ذلك كان ثابتا لها قبله على ما قدمناه فلا فرق بينها وبين الاجنبي فاذا جاز اشتراطه عليها جاز عليه وكذا لا يجب بطريق الكفالة لانه لا يجب على الجنين فكيف يجب على الكفيل وكذا لو قال لامته اعتقت ما في بطنك على الف عليك فقبلت فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر عتق بلا شيء لانه لا يجب على امه شيء بسبب غيرها **قوله** لاقل من ستة اشهر منه اي من وقت العتق فلو جاءت به لستة اشهر فصاعدا منه لا يعتق الا ان يكون حملها توأمين جاءت باولهما لاقل من ستة اشهر ثم جاءت بالثاني لستة اشهر او اكثر او يكون هذه الامة معتدة عن طلاق او وفاة فولدت لاقل من سنتين من وقت الفراق وان كان لاكثر من ستة اشهر من وقت الاعتاق ح فيعتق لانه كان متحققا بوجوده حين اعتقه حتى ثبت نسبه وعلى هذا فرع ما لو قال ما في بطنك حر ثم ضرب بطنها فالقت جنينا ميتا اي ضربها بعد العتق لاقل من ستة اشهر تجب دية الجنين لابيه ان كان له اب حر لانه حر ان لم يكن له اب يكون لعصبة المولى لان المولى قاتل فلا يستحق الارث وان ضرب لستة اشهر فلا شيء عليه لانه عبده كذا ذكره **قوله** فيعتق عليه التحقيق انه يعلق حرا لا انه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يعطيه ظاهر العبارة فانه يجب القطع بان ابراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط الا حرا وفي المبسوط الولد يعلق حرا من الماءين لان ماءه حر وماء جاريته مملوك لسيدها فلا تتحقق المعارضة بخلاف ابنه من جارية الغير لان ماءها مملوك لغيره فتتحقق المعارضة فيترجح جانبها بانه مخلوق من مائها متيقن بخلاف الرجل ولذا لا ينتفي عنها بحال وقد ينتفي من الاب ويثبت النسب منها بالزنا وبعد اللعان حتى يتوارثان دون الاب وكان هو اولى بالاعتبار عند التعارض او لاستهلاك مائه بمائها لانه في رحمها ويزداد قوة بمائها منه او ترجح بالحضانة والتربية او لانه قبل الانفصال كعضو منها حتى تدخل بقرض المقراض ويعتق بعتقها ولا يستثنى من بيعها والزوج رضي برق الولد حيث اقدم على تزوج جارية العلم برقها وفي هذا اجماع حتى لو كان الزوج هاشميا كان ولده هاشميا مرقوقا بخلاف المغرور فانه لم يرض به لعدم علمه ولهذا قلنا يعلق حرا في حقه بقيمته **قوله** كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية اورد هذين اللفظين ليفيد تغاير مفهوميهما والرق هو الذل الذي ركبه الله تعالى على عباده جزاء استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى او حق العامة على ما اختلفوا فيه والملك هو تمكن الانسان من التصرف فيه الى تقييد مانع سلب الولاية على نفسه موقتة فاول ما يحدث الاسير يوصف بالرق لا بالمملوكية حتى يحرز بدار الاسلام فالملك عام يتعلق بالجماد والحيوان والرق خاص بالانسان وبالبيع يزول عنه الملك ولا يزول الرق وبالعتق يزول كل منهما لكن زوال الملك قصدا ثم يتبعه الرق ضرورة فراغه عن ذلك الزوال عن تعلق حقوق العباد برقبته فتبين بها انه يتبع الام في الخاص والعام ولذا اذا تولد بين المأكول وغير المأكول كالحمار الاهلي مع الحمار الوحشي يؤكل واذا تولد من الوحشي والانسية كالبقرة ينزو عليها حمار وحش يجوز التضحية به والاختلاف مفهوميهما يختلفان في الكمية في شخص فما كان كاملا في القن ورق ام الولد والمدبر ناقص حتى لا يجوز عتقهما عن الكفارة والملك فيهما كامل والمكاتب رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لي حر وما ورد من ان الرق لا يقبل التجزي فكيف يقبل النقصان يندفع بان المراد بنقصان الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته وكماله

باب العبد يعتق بعضه

واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رح فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهما ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة رح ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره

والحاصل ان الولد يتبع الام في الحرية والرق والتدبير والكتابة وحكم امية الولد وفي النسب يتبع الاب وفي الدين يتبع خير الابوين دينا والله تعالى اعلم

باب العبد يعتق بعضه لاشك في كثرة وقوع عتق الكل وندرة عتق البعض وفي ان ماكثر وجوده فالحاجة الى بيان احكامه امس مما ليس مثله في وجوده وان رفع الحاجة الماسة متقدم على النادرة فلهذا اخر هذا عما قبله **قوله** اذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة وتعتبر قيمته في الحال والاستسعاء ان يواجره فيأخذ نصف قيمته من الاجرة ذكره في جوامع الفقه وقيل انه اذا امتنع عن السعاية فعل ذلك اذا كان له عمل معروف وهو يفيد ان معنى الاستسعاء غير ذا وانما يصار اليه عند امتناعه فتكون الاجارة تنفذ عليه جبرا وظاهر ان هذا اذا بين مقدارا كربعك حر ونحوه فان قال بعضك حر او جزء منك او شقص امر بالبيان وان قال سهم منك حر فقياس قول ابي حنيفة ان يعتق سدسه كما في الوصية بالسهم وعندهما يسعى في خمسة اسداسه وقوله عتق ذلك القدر يعتبر بالعتق عن زوال الملك لا عن زوال الرق فانه عند ابي حنيفة رقيق كله بخلافه في قوله وقالا يعتق كله فانه عن زوال الرق اي وقالا يزول الرق عنه كله ثم قال المصنف رح واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي يعني فيما اذا كان المولى واحدا وكان لشريكين والمعتق موسرا اما اذا كان لشريكين والمعتق معسر فيبقى ملك الساكت كما كان حتى جاز له بيعه عنده والمراد من تجزي الاعتاق تجزي المحل في قبول حكمه فيثبت في البعض دون البعض والذي يقتضيه النظر ان هذا غلط في تحرير محل النزاع فانهم لم يتواردوا على محل واحد في التجزي وعدمه فان القائل بالعتق او الاعتاق يتجزى لم يرده بل المعنى الذي يريد به قائل انه لا يتجزى وهو زوال الرق او ازالته اذ لا خلاف بينهم في عدم تجزيه بل زوال الملك او ازالته ولا خلاف في تجزيه فلا ينبغي ان يقال اختلف في تجزي العتق وعدمه او الاعتاق بل الخلاف في التحقيق ليس الا فيما يوجبه الاعتاق اولا وبالذات فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق فلزم تجزي موجبه غير ان زوال الرق لا يثبت الا عند زوال الملك عن الكل شرعا كحكم الحدث لا يزول الا عند غسل كل الاعضاء وغسلها يتجزى وهذا لضرورة ان العتق قوة شرعية هي قدرة على تصرفات شرعية من الولايات كالشهادة والقضاء والبيع والانكاح بنته ونحوه ولا يتصور ثبوت هذه في بعضه شائعا فقطع بعدم تجزيه والملك متجز قطعا فلزم ما قلنا من زوال الملك عن البعض وتوقف زوال الرق على زوال الملك عن الباقي وح فينبغي ان يقام الدليل من الجانبين على ان الثابت به اولا زوال الملك او الرق لانه محل النزاع والوجه ينتهض لابي حنيفة اما المعنى فلان تصرف الانسان يقتصر على حقه وحقه الملك لا الرق فحق الله او حق العامة على ما تقدم فيلزم ان الثابت بالاعتاق زوال الملك لا انه يزيل الرق شرعا اذا تم له زوال الملك لا الى مالك وبهذا يندفع ما قيل زوال الملك لا يسمى اعتاقا والا لكان البيع والهبة اعتاقا فانه انما يلزم لو كان البيع والهبة زوالا لا الى مالك لان ذلك هو المسمى بالعتق لا ازالة الملك كيف ما كان واما السمع فما في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فاعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه والا فقد عتق منه ما عتق افاد تصور عتق البعض فقط فقول ايوب لا ندري اشئ قاله نافع او هو شئ في الحديث لا يفيد اذ الظاهر

ولأن الأصل أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة والتعدي إلى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجزئ كما في البيع والهبة فيبقى على الأصل ووجبت السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة لأن الإضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بإنزاله مكاتبا إذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل للإعتاق غير أنه إذا عجز لا يرد إلى الرق لأنه إسقاط لا إلى أحد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لأنه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فأثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيبه ملكه بالإفساد فكمل الاستيلاد

بل الواجب أنه مع ذلك لا يجوز إدراج مثل هذه من غير تنصيص قاطع في إفادة أنه ليس من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يجب في الحديث علة قادحة وكذا ما رواه البخاري أيضا عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شقصا في مملوك فخلاصه عليه في ماله إن كان له مال وإلا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه أي لا يغلى عليه الثمن أفاد عدم سراية العتق إلى الكل بمجرد عتق البعض إذ لو كان قد خلص قبل تخليص المعتق هذا هو الظاهر وأما ما روي لنا من حديث ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم من أعتق نصيبا له في مملوك أو شركا له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق وفي لفظ فقد عتق كله فإنما يقتضي عتق كله إذا كان له مال يبلغ قيمته وليس هنا ذلك بل إنه يعتق كله بمجرد إعتاق بعضه كان له مال أو لا فقد أفادت الأحاديث أن العتق مما يقتصر ولا يستلزم وجود السراية فإن وردت في العبد المشترك واستدل أيضا بدلالة الإجماع وهو أن المعتق إذا كان معسرا لا يضمن بالإجماع ولو كان إعتاق البعض إعتاقا للكل وإتلافا لضمن مطلقا كما إذا أتلفه بالسيف أو بالشهادة به لإنسان ثم رجع بعد القضاء فإنه يضمن موسرا كان أو معسرا لكن قد يقال في هذا إن السعاية تقوم مقامه فلا يتعين وحيث ثبت الاقتصار لزم أن يكون المراد بالعتق في قوله فقد عتق منه ما عتق زوال الملك وكذا يلزم في قول كل من نقل عنه القول بتجزيه كالحسن وهو مروي عن علي وعمر رضي الله عنهما بخلاف ما قيل إن قول عمر كقولهما لما نقله الطحاوي إلى عبد الرحمن بن يزيد قال كان لنا غلام شهد القادسية فأبلى فيها وكان بيني وبين أمي وأخي الأسود فأرادوا عتقه وكنت يومئذ صغيرا فذكر الأسود ذلك لعمر بن الخطاب فقال أعتقوا أنتم فإذا بلغ عبد الرحمن فإن رغب فيما رغبتم أعتق وإلا ضمنكم فأثبت لعبد الرحمن الإعتاق بعد بلوغه بعد أن ثبت في العبد إعتاقا قلنا وإنما قلنا ذلك لأن الرق لا يتجزى عند أحد فيلزم المطلوب وهو أن النازل بالإعتاق بالذات إزالة الملك وإذا ثبت ذلك لزم في إعتاق بعض العبد الخاص بأن يعتق ذلك القدر أي يزول ملكه عنه ويبقى محل الرق فيه كما هو المسئلة المتكلم فيها وإذا ظهر أن ما زال بالإعتاق هو الملك والرق ثابت في كله ولازمه شرعا أن لا يبقى في الرق لزم أن يسعى العبد في باقي قيمته تحصيلا لحق الباقي عنده ومادام يؤدي السعاية فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على أداء البدل وكونه أحق بمكاسبه ولا يد للسيد عليه ولا استخدام وكونه رقيقا كله إلا أنه يخالفه في أنه لو عجز لا يرد إلى الاستخدام بخلاف المكاتب بسبب أن المستسعى زال الملك عن بعضه لا إلى مالك فصدق عليه وإنما يلزم المال ضرورة الحكم الشرعي وهو تضمينه قصرا بخلاف المكاتب فإن عتقه في مقابلة التزامه بعقد باختيار يقال ويفسخ بتعجيزه نفسه وعلى هذا إذا أعتق أمة مشتركة بينه وبين آخر ثم ولدت فللشريك أن يضمن المعتق القيمة عن نصيبه يوم أعتق ولا يضمن شيئا من قيمة الولد لأنه ما صنع في الولد شيئا ولأنه لم يثبت حق الشريك في الولد لأنها كانت مكاتبة حين ولدت وولد المكاتبة أحق بولدها كما أنها أحق بكسبها والاعتراض بأنها ليس كالمكاتب لهذا الفرق ليس بشيء لأن التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه فيه وإذا تحققت ما ذكرناه من محل النزاع ظهر لك أن ما ذكروا من إلحاقهم بالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد غير مفيد لأنه إن أريد إلحاق إزالة الرق بها في عدم التجزي فغير محل الخلاف للاتفاق على أن الرق لا يتجزى زوالا أو إلحاق إزالة الملك بها فغير صحيح لأنهم وغيرهم لا يقولون بأنه لا يتجزى وأقصى ما يمكن في تقريره أن يجعل إلحاقا لزوال الملك لا إلى مالك في عدم التجزي بأن ينزل له يعني أن المتجزي زوال الملك إلى مالك لا إلى غير مالك إلحاقا بالأمور المذكورة فإن في الطلاق زوال ملك لا إلى مالك وفي العفو زوال حق لا إلى

وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق فإن كان موسرا فشريكه بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وإن شاء استسعى العبد فإن ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما وإن كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند أبي حنيفة رح

آخر والاستيلاد وزوال الملك كذلك أعني ملك سببا وحبسا وإيجاب أولا انه إلحاق بلا جامع لأن عدم التجزي في الأصول لعدم التصور إذ لا يمكن نصف المرأة منكوحة ونصفها مطلق ولا نصفها مستولدا ونصفها لا ولا إسقاط نصف حق القتل فإن القتل ثبوت حقه لا ينفذ فيما لا فثبتت ويبقى معنى سقوط القصاص وليس عدم التجزي فيها لأن الزوال لا إلى مالك بل الأثر لكون الزوال إلى مالك أو لا إليه بخلاف زوال ملك الرقبة وهذا معنى قول المص وليس في الطلاق والعتق حالة متوسطة أي ليس فيهما إلا زوال كلها أو بقاؤها فأثبتناه في الكل أي فأثبتنا زوال الملك في الكل ترجيحا للمحرم وهو الحرمة فإنه اجتمع فيها موجب الحرمة وهو الطلاق والعفو وموجب الحل وهو عدم اتصاف البعض به وأما الاستيلاد فمتجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة اقتصر حتى لو مات المستولد يعتق من جميع ماله ولو مات المدبر عتقت من ثلث ماله وإنما كمل في القنة لأنه لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه من حين الاستيلاد فصار مستولدا جارية نفسه فثبت عدم التجزي ضرورة **قوله** وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق أي زال ملكه عنه فإن كان المعتق موسرا فشريكه بالخيار إن شاء أعتق نصيبه منجزا ومعنا أو مضافا إذا أضافه أن لا تقبل مدة مضافة إلى زمان طويل لأنه كالتدبير معنى ولو دبره وجب عليه السعاية في الحال فيعتق كما صرح به فينبغي أن يضاف إلى مدة تشاكل مدة الاستسعاء وإن شاء ضمن المعتق قيمته إذا لم يكن بإذنه فإن كان بإذن الشريك فلا ضمان عليه له وإن شاء استسعى العبد فيها فإن ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما في الوجهين أي في الإعتاق والسعاية وهذا كله عند أبي حنيفة رح هكذا ذكر في الأصل وذكر في التحفة خمس خيارات هذه الثلاثة وأن يدبره وعلمت حكمه أن يستسعي وأن يكاتبه وهو راجع إلى معنى الاستسعاء ولو عجز استسعى ولو امتنع العبد على السعاية يؤاجره جبرا ويدل على أن الكتابة في معنى الاستسعاء أنه لو كاتبه على أكثر من قيمته إن كان من النقدين لا يجوز إلا أن يكون قدرا يتغابن الناس فيه لأن الشرع أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الأكثر وكذا لو صالح على عرض أكثر أو إن كاتبه على عرض قيمتها أكثر من قيمته جاز ولو كان الساكت صبيا والمعتق موسرا فالخيار بين التضمين والسعاية لوليه والتضمين أولى لأنه أنظر ولو لم يكن له ولي انتظر بلوغه ليختار قيل هذا في موضع ليس فيه قاض فإن كان في موضع فيه قاض نصب القاضي له قيما ليختار التضمين أو الاستسعاء وليس للولي اختيار العتق لأنه تبرع بمال الصبي وكذا لو كان مكان الصبي مكاتب أو عبد مأذون ليس لهما إلا التضمين أو الاستسعاء أما المكاتب فإن له أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة وأما العبد المأذون فالقياس أن لا يكون له حق التضمين فقط لأن الاستسعاء بمنزلة الكتابة فليس للعبد المأذون أن يكاتب ولكن قال سبب الاستسعاء قد تقرر من جهة الشريك على وجه لا يمكن إبطاله وربما يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فلهذا كان للمأذون ذلك وإن كان لا يملك الكتابة ابتداء وإذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فالولاء لمولاهما لأنهما ليسا من أهل الولاء فيثبت الولاء لأقرب الناس إليهما وهو المولى ولم يكن على العبدين دين فالخيار للمولى لأن كسبه مملوك للمولى في هذه الحالة وتقدير القيمة يوم الإعتاق فلو كان فيه صحيحا ثم عمي يجب قيمته صحيحا ولو قلبه لو كان أعمى يوم العتق فانجلى بياض عينيه يجب نصف قيمة أعمى لأنه حال ثبوت سبب الضمان وكذا يعتبر اليسار والإعسار وقت العتق فلو كان موسرا وقت التضمين فأعسر لا يسقط عنه الضمان ولو كان معسرا فأيسر لا ضمان ولو اختلفا في قيمته يوم أعتقه فإن كان العبد قائما نظر إلى قيمته يوم ظهر العتق حتى إذا لم يتصادقا على العتق فيما مضى ليقوم للحال لأن العتق حادث فيحال على أقرب أوقات ظهوره وكذا لو كان أراد

وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتني على حرفين احدهما تجزى الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله عليه السلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافي الشركة

ان يستسعى العبد ولو تصادقوا على وقت العتق واختلفوا في قيمته في ذلك الوقت فالقول قول المعتق كالغاصب لانه ضامن وينكر الزيادة ولو اختلفا في اليسار والاعسار فقال المعتق اعتقت وانا معسر وقال الشريك بل انت موسر ينظر الى حاله يوم ظهور العتق الا انه كالمنشئ للعتق في الحال اولانه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال فان كان في الحال موسرا فالظاهر شاهد لمن يدعي اليسار فيما مضى وان كان معسرا في الحال فالظاهر شاهد لمن يدعي العسرة فيما مضى وهو كالمستأجر مع رب الطاحونة اذا اختلفا في جريان الماء في المدة يحكم الحال ولو تصادقا على ان العتق كان سابقا عليه في مدة قد يختلف حاله فيها فالقول قول المعتق في انكار يساره لانه ينكر المعنى الموجب للضمان واذا كان موسرا يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق يوم اعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بدا له ان يريد ويستسعي الغلام لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد انه ان قضى القاضي له بالضمان او رضي به المعتق فليس له ان يستسعي الغلام بعد ذلك الا فله قيل ما ذكر في الاصل من الاطلاق محمول على ذلك التفصيل وقيل بل في المسئلة روايتان ولو مات الساكت قبل ان يختار شيئا فلورثته من اختياره ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس هذا توريث الخيار بل المعنى الذي اوجب الخيار للمورث ثابت في الورثة فان شاؤا اعتقوا وان شاؤا استسعوا العبد وان شاؤا ضمنوا المعتق فان ضمنوه فالولاء كله للمعتق لانه باداء الضمان اليهم ملك نصيبهم كما كان يملك باداء الى المورث وان اختاروا الاعتاق والاستسعاء فالولاء في هذا النصيب للذكور من اولاد الميت دون الاناث لان المعتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يورث عينه وانما يورث ما عليه من المال فيعتق نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون لخلفه في ذلك للذكور من اولاده دون الاناث اذ الولاء لا يورث وان اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لان كل واحد منهم فيما ورث قائم مقام الميت وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس لهم ذلك الا ان يجتمعوا على التضمين او الاستسعاء قال في المبسوط هذا هو الاصح لانه صار كالمكاتب لا يملك الا بالارث فكذا لكاتبهم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته والدليل عليه فصل الولاء الذي تقدم ما يثبت لهم بالاعتاق انه اذا دكنا ... ثم اختار الورثة التي من ... اوليس للورثة ان يختاروا التضمين في البعض والسعاية في البعض وكذا الورثة ولو لم يمت الساكت ولكن مات العبد قبل ان يختار الساكت شيئا فله ان يضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه ليس له ان يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد لان نصيبه من العبد باق على ملكه والضمان غير متعين على المعتق ما لم يختر ضمانه فاذا هلك على ملكه وليس له ان يقرر الضمان على شريكه بعد ذلك وهذا لان صحة اختيار التضمين متعلق بشرط وهو ان يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لان الميت لا يحتمل التمليك وجه ظاهر الرواية ان وجوب الضمان عليه كالاعتاق لان السبب وهو الافساد قد تحقق به فكان بمنزلة الغصب وموت العبد بعد الغصب لا يمنع من تضمين الغاصب وهذا لان تضمينه من وقت العتق وكان محلا للتمليك عند ذلك بخلاف الواهب نصيبه او وهبه على عوض حيث لا يجوز في الاستحسان وان كان القياس جوازه كالتضمين لان هذا تمليك في الحال وهو غير محل له وفي جامع قاضي خان لو اعتق احد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان المعتق من تركته في قول ابي حنيفة رح بل يستسعى لان الضمان يجب بطريق التحمل صلة والصلات تسقط بالموت وعندهما يؤخذ لانه ضمان اتلاف وانما عرف استسعاء العبد عند عسرته بالنص بخلاف القياس **قوله** وقالا ليس له اي للساكت الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد اذا ضمن والولاء للمعتق قال المصنف رح وهذه المسئلة تبتني على حرفين احدهما تجزي الاعتاق وعدمه

لكنه يحتبس مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح بثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا لما قلنا فكذا ههنا الا ان العبد فقير فيستسعيه

وعدمه عندهما فيسعى فهو حر مديون وتقدم بيانه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لنا فيه ان جميع النصوص التي ظاهرها تجزي الاعتاق كقوله فقد عتق منه ما عتق وحديث فعليه خلاصه في ماله وقوله عليه السلام من اعتق عبدا بينه وبين آخر قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله ان كان موسرا في الصحيحين وكذا ما انفرد به البخاري عن مسلم من اعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق والتي ظاهرها عدم تجزيه كحديث ابن المليح عن ابيه ان رجلا اعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لله شريك واجاز عتقه رواه احمد وابو داود وزاد رزين في ماله وفي لفظ هو حر كله ليس لله شريك وحديث البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما من اعتق نصيبا له في مملوك او شركا له في عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق كلها تفيد ان الحكم الثابت عند يسار التضمين ليس غير ولذا اختار الطحاوي قولهما ووجهه انه قسم فجعل الحكم عند يسار تضمينه وعند اعساره الاستسعاء والقسمة تنافي الشركة واستدل لابي حنيفة رح

بقوله انه اي الساكت احتبس على البناء للفاعل ماليته نصيبه عند العبد فله ان يضمنه وان وقع احتباسها عنده لغير اختياره كما اذا هبت الريح فالقت ثوب انسان في صبغ غيره فانصبغ فان لصاحب الصبغ ان يضمن مالك الثوب قيمة صبغه موسرا كان او معسرا لما قلنا الا ان العبد فقير فيستسعيه فيأخذ فضل كسبه كالمعسر المديون وهذا يفيد ان تضمين المعتق على خلاف القياس لانه اذا كان القياس تضمين العبد كان تضمين المعتق من غيره وهذا لانه وان حصل افساد نصيبه بعتقه الاختياري لكنه تصرف في ملك نفسه فصار كما اذا هدم داره فانهدمت لذلك دار جاره واورد عليه انه معارضة للنصوص بالتعليل فانها اوجبت السعاية اذا كان المعتق معسرا لا اذا كان موسرا واجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فلا يلزم من نفي الاستسعاء عند نفي الاعسار فجاز ان يثبت عند عدمه ايضا بالدليل وهو ما ذكرنا من الاحتباس كذا اورده شارح واجاب والتحقيق في ايراده ان النصوص قسمت فاعطت حكم وجود الشرط وحكم عدمه فقال عند اليسار التضمين وعند عدمه وهو الاعسار الاستسعاء والقسمة تفيد اختصاص كل قسم بحكمه فلا يوجب الاستسعاء عند اليسار كما لا يوجب التضمين عند الاعسار ومع هذا يندفع ذلك الجواب وقد اجيب ايضا بمنع وهو ان القسمة ذكرت بلفظ الشرط وهو انما يقتضي الوجود عند الوجود وحقيقة هذا الجواب منع ان القسمة تنافي الشركة مطلقا بل ذلك اذا لم يكن بشرطين بل بشرط واحد مستقل قوله عليه السلام واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد وليس بشيء اذ لا اثر لتعدد الشرط ووحدته في اختلاف حكم القسمة وفي الكافي جعل فائدة القسمة نفي الضمان لو كان فقيرا ولا يخفى ان هذه القسمة كما يفيد نفي الضمان لو كان فقيرا تفيد نفي الاستسعاء لو كان موسرا لعين الحجة التي تفيد بها تلك الافادة فان قيل فمن اي وجه افادت القسمة نفي الشركة فالجواب انه لما اعطى فيما حكم الشرط وحكم نقيضه كان ظاهرا في ان المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم آخر غيره وغاية ما يمكن ان يقال ان اقتصار الشارع على التضمين عند اليسار لانه المحتاج الى بيانه اذ كان على خلاف الدليل الظاهر وذلك ان الدليل وهو الاحتباس يقتضي قصر الاستسعاء على حق الشريك سواء كان موسرا او معسرا فلا يجب تضمين المعتق

ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغناء لانه به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق
من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حالة اليسار ولو كان له الرجوع لانتفى [illegible]

فيبين الشارع موضع مخالفته وهو التضمين في صورة اليسار وترك الآخر وهو جواز استسعار العبد فيها لان الدليل منصوب عليه وبهذا الان
الدليل افاد جواز الاستسعاء مقصورا فنفي القصر وبقي جوازه ولا يخفى ان في هذا التعليل معارضة الدليلين لانه في قصر الجواز على الاستسعاء
اثبت في نفي اصل جوازه وهذا الاعتبار واجب ما امكن وتحقيقه ان النص ورد مخصصا للقياس اذ بين بحيث جهة التضمين مع اليسار ان
تعين الاستسعاء انما هو في غيرها اذا كان المقصود التقرب الى الله تعالى بتنفيذ التقرب في المحل اما اذا كان وله قدرة على اتمامه اوجب
كالمشروع في صوم التطوع خصوصا وعدم اتمامها يوجب القاء بالآخر وهو العبد بخلاف ما اذا لم يكن قادرا فانه لا يلزمه ليكتب
له ثواب ما قدر عليه من القربة واما على قولهما فانه على وفق القياس على ما ذكرنا من ان الاستسعاء عندهما على خلاف القياس في
صورة الاعسار بناء على انه ضمان اتلاف وهو بعيد عن التوجيه اذ لا شك في ان عتق ما يملكه مشروع وعبادة والاتلاف وقع باتفاق
الحال وهو لا يوجب ضمانا لانه ليس جناية على الغير وان فسدت ماليته باقي العبد كمن هدم داره فانهدم دار غيره فالحق ان القياس ليس
الا الاستسعاء والنص خصصه وفي المسئلة قول الثوري والليث ان الساكت بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن ولا سعاية اصلا
وسبب هذا القول اعلالهم لفظ السعاية في حديث ابي هريرة قال النسائي اثبت اصحاب قتادة شعبة وهشام الدستوائي وسعيد بن ابي عروبة
وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد بن ابي عروبة يعني في ذكر السعاية قال وبلغني انهما ما رويا هذا الحديث فجعل الكلام الاخير وان لم يكن له مال استسعى
العبد غير مشقوق عليه من قول قتادة قال عبد الرحمن بن مهدي احاديث همام عن قتادة اصح من حديث غيره لانه كتبها املاء وقال الدارقطني سمعت
ابا بكر النيسابوري يقول ما احسن ما رواه همام ضبطه فصل قول النبي صلى الله عليه وسلم من قول قتادة ورواه ابن ابي عروبة وجرير
بن حازم عن قتادة فجعل الاستسعاء من قول النبي صلى الله عليه وسلم واحسبهما وهما فيه لمخالفة شعبة وهشام قال الخطابي
اضطرب سعيد بن ابي عروبة في السعاية فمرة يذكرها ومرة لا يذكرها فدل على ان ذلك ليس من متن الحديث ويدل على صحة ذلك
حديث ابن عمر في الستة عنه عليه السلام من اعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فاعطى
شركاءهم حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق قال صاحب تنقيح التحقيق فيما قالوه نظر فان سعيد بن ابي عروبة من اثبت الناس
في قتادة وليس هو دون همام عنه وقد تابعه جماعة على ذكر الاستسعاء ورفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم وهم جرير بن حازم
وابان بن يزيد العطار وحجاج بن ارطاة ويحيى بن صبيح الخراساني وقال الشيخ تقي الدين وقد اخرجه الشيخان في صحيحيهما وحسبك بذلك يعني برفعه
الاستسعاء وفي المسئلة مذاهب اخرى ضعيفة مثل انه لا يعتق شيء اصلا ولو باذن الشريك وانه لا يعتق الباقي ويستمر على مملوكيته وا
لا التضمين وان كان معسرا وهو منقول عن زفر وبشر المريسي وانه يعتق الباقي من بيت المال وهو قول ابن سيرين **قوله ثم المعتبر**
التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الساكت هو ظاهر الرواية وهو قول الشافعي ومالك واحمد في رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل
والخادم وثياب البدن لا يسار الغنى اي الغنى المحرم للصدقة كما اختاره بعض المشائخ لان تيسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين
المعتق وجانب الساكت لان مقصود المعتق القربة وتتميمها بانه ومقصود الساكت بدل حصته وتحقيقه بالضمان لانه اسرع من
كتبه ان اعتبار نصاب التيسير اسرع في تحقق مقصودهما فوجب وهذا في الحقيقة تعليل النص والا فصريح النص اوجب الضمان عند مجرد

وأما التخريج على قولهما فلأن الإعتاق لقيام ملكه في الباقي إذ الإعتاق يتجزى عنده والتضمين لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى
الإعتاق وتوابعه وله الاستسعاء لما بينا ويرجع بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت وقد كان له ذلك بأن يستسعيه وكذا المعتق لأنه ملكه بأداء الضمان ضمنا فصار كأن
الكل له وقد عتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعيه إن شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لأن العتق كله من جهته حيث ملكه بأداء الضمان وفي حال الإعسار للمعتق إن شاء
المعتق لبقاء ملكه وإن شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لأن العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بشيء بالإجماع لأنه يسعى في فكاك رقبته أو لا يقضي دينا على المعتق
إذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبته قد فكت أو يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقال الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى
نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لأنه لا وجه إلى تضمين الشريك لأنه لا صنع له ولا إلى السعاية لأن العبد غير جان ولا راض به ولا إلى إعتاق الكل للإضرار بالساكت فتعين
ما عيناه قلنا إلى الاستسعاء سبيل لأنه لا يفتقر إلى الجناية بل تبتنى على احتباس المالية فيصار إليه عند العجز ولهما في شقص واحد

لك قيمة الحصة لأنه المراد بقوله عليه السلام إن كان له مال يبلغ ثمن العبد باتفاق المتكلمين عليه **قوله** ثم التخريج على قولهما أي تخريج تفصيل المسئلة على قولهما فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد باتفاق لعدم السعاية على العبد في حالة اليسار فلم يكن الضمان منقولا إليه كما وجب على العبد بل هو شيء واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره وأما جعلهما الولاء كله للمعتق للحصة فلأن العتق كله من جهته لعدم التجزي وكان إعتاق بعضه إعتاقا كله ويسعى في حالة الإعسار حرا مديونا وأما التخريج على قول أبي حنيفة فإثباته خيار الإعتاق للساكت لقيام ملكه في الباقي إذ الإعتاق يتجزى عنده فيتقى الباقي بحق المعتق نصيبه والتضمين بالجر أي وخيار التضمين للمعتق لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك من الوصية والصدقة والإجارة والإعارة والإمهار والاستخدام ونحو ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه من التدبير والاستيلاد والكتابة **وقوله** والاستسعاء بالجر عطفا على التضمين أي وإثبات خيار الاستسعاء لما بينا من أنه احتبس ماليته نصيبه عنده وإنما يرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت لأنه ملكه بأداء الضمان من وقت الإعتاق فصار كالساكت وللساكت ولاية الاستسعاء فكذا لمن قام مقامه وصار كالغاصب إذا قتل المغصوب في يده وضمن المالك فإنه يرجع على القاتل لأنه ملكه بالضمان وللمالك التضمين فكذا للغاصب ولأنه بذلك يصير كعبد خاص به أعتق بعضه فله عتق الباقي واستسعاؤه **وقوله** ضمنا جواب عن سؤال وهو أن معتق البعض كالمكاتب وهو لا يقبل النقل من ملك إلى ملك فأجاب بأن ذلك في الملك قصدا حتى لو باع الساكت نصيبه من المعتق لا يجوز عند أبي حنيفة لأنه تمليك قصدا ولا يلزم من عدم الثبوت قصدا عدمه ضمنا والولاء للمعتق في هذا الوجه لأن العتق كله من جهته لأنه ملكه بالضمان غايته أن بعضه ببدل وهو لا يمنع الولاء وأما في حال إعسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء ملكه وإن شاء استسعى لما بينا من احتباس ملكه والولاء له أي للساكت أي مشتركا بينه وبين المعتق في الوجهين أي في الإعتاق والاستسعاء فلا يرجع المستسعى على المفعول أي العبد على المعتق بشيء بإجماع بيننا خلافا لابن أبي ليلى فإنه يرجع عنده على المعتق إذا أيسر وإنما لا يرجع بالاتفاق على قولنا فإنه يسعى لفكاك رقبته والمعتق قولهما فلأنه لم يكن ساعيا لفكاك رقبته فليس هو بسعايته يقضي دينا على المعتق إذ لا شيء على المعتق إذا كان معسرا بخلاف العبد المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبته قد فكت أو يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع على المعتق إذا أيسر ونظير الأولى ما إذا أعتق أمته على أن تتزوجه فأبت تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو أعتقها على خمر مثلا تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت عتق ويسعى في قيمته وهو حر عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند زفر تجب عليه قيمة الجارية بخلاف المريض إذا أعتق عبده فإنه يسعى وهو رقيق لأن تصرف المريض فيما لا يحتمل النقض موقوف عنده وقول الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب وهذا قول الشافعي ووجهه عنده أنه لا وجه لتضمين الشريك لا إعسار ولا لاستسعاء العبد لأنه ليس بجان ولا راض به ولا لإعتاق الكل لأنه إضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا نحن لا نسلم أنه يستسعى لكونه جانيا الخ قلنا لا يفتقر إلى الجناية بل مداره لزوم احتباس المالية عنده كما ذكرنا في صبغ الثوب المطار وقد تمسك له بما روي من الزيادة في قوله فقد عتق منه ما عتق ورق ما رق ويدفع بأنها كما قال أهل الشأن ضعيفة مكذوبة ولو ثبت لزم كون المراد بالرق فيها الملك مجازا لامتناع اتصاف الجزء الشائع بالقوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد

قال وإن شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتبا في حقه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لأنا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا لأنه مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار لأن حقه في الحالين في أحد شيئين لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لأن كل واحد منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه وولاؤه له

والحق أنه لا يحتاج إليها بل بقوله عتق منه ما عتق كفاية فإنه إذا لم يعتق إلا ذلك القدر لزم أن لم يعتق الباقي رقيقا لزم بقاؤه مملوكا والمالك هو المطلق للتصرف والجواب أن أصل حديث ابن عمر رضي الله عنهما المتقدم من قوله فعليه خلاصه في ماله إن كان له مال وإلا استسعي غير مشقوق عليه يوجب الاستسعاء عند الإعسار ولا اعتراض على الشارع مع أن وجه ما قدمناه اعلم أنه نقل عن بعض العلماء القائلين بصحة رواية الاستسعاء أن المراد بها على تقدير صحتها أنه يستسعي إن اختار ذلك وأن هذا هو معنى قوله غير مشقوق عليه والأوجه الاستدلال بما قدمنا من قوله ليس لله شريك فإنه يفيد تنجيز العتق كله كما قالا وعدم تقرره وهو الأوجه وإذا لم يقرر إلقاؤه على المعسر لزم الاستسعاء وإلا بطل حقه مجانا وأجبر بفعل غيره ولا نظير له في الشرع والاستسعاء بلا جناية ثابت كما في العبد المرهون إذا أعتقه سيده المعسر لأن الشرع اضطره إلى فكاك رقبته حيث حكم بالولاية للإيجاد والإعدام فيثبت عتق ذلك القدر والإلقاء اليابس في الملك ولا يذهب مال الساكت بفعل غير مختار فيه وللشافعي قول آخر هو كقولهما في اليسار والإعسار واختاره المزني من أصحابه **قوله** وإن شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة وعتق وكذا إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار العبد بذلك مكاتبا له أي في حكم المكاتب ويزعم أنه حرم عليه استرقاقه فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه إن شاء أو يعتقه فإنا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان في دعواه عتق الشريك أو صادقا لأنه مكاتبه إن كان صادقا ومملوكه إن كان كاذبا فلهذا يستسعيانه أي في الصدق ظاهر وأما في الكذب فلتمكن الإنسان من أمر عبده أن يسعى ويأتيه بكسبه ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار لأن حقه أي حق كل منهما في الحالين حال يسار الآخر وإعساره في أحد شيئين السعاية أو التضمين إلا أن في اليسار حقه في أحدهما من التضمين والسعاية غير عين وفي الإعسار حقه في أحدهما عينا وهو السعاية وهذا لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عند أبي حنيفة وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك الإعتاق وشهادة الآخر ليست نافذة عليه لأنه فرد ويشهد لنفسه ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهما على الآخر أنه أعتق لم تقبل لأن الحق الثابت فإنهما يثبتان لأنفسهما حق التضمين أو يشهدان لعبدهما وإنما اثبتناه ما أثبتنا في المسألة المذكورة باعتراف كل منهما على نفسه بحرمة استرقاقه ضمنا لشهادته فتعين السعاية وهو عبد عند أبي حنيفة حتى يؤدي لأن المستسعى كالمكاتب وأورد أن التضمين غير متعذر لأنه لما أنكر يحلف فإن نكل جاز التضمين وأجيب بأنه لما كان اعتقادا كل أن صاحبه هو الذي أعتقه يحلف ولا يجب الضمان نظرا فأرجع في التحليف لأن المال إلى السعاية وهذا صريح في أنه لا تحليف في المسألة ولا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان أو صادقا يجب أن يحكم بتصديق كل منهما وقال شارح هذا إنما أي تعيين استسعائهما للعبد إذا بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لأن كلا يدعي على الآخر الضمان والضمان مال يصح بذله فيستحلف عليه وهو أوجه فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما للعبد أنه فيما إذا لم يترافعا إلى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر فإن هذا ليس حكمه إلا الاستسعاء لأن أوائل أحدهما التضمين أو أراد تضمينه تنقادت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فإن القاضي لو سألهما فأجابا بالإنكار فحلفا لا يسترق لأن كلا يقول إن صاحبه

[illegible] ن كانا موسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما لا يدعي السعاية عليه لان يسار المعتق يمنع السعاية عنده
الا ان الدعوى لم تثبت لمكان الانكار والبراءة عن السعاية قد ثبتت لاقراره على نفسه وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان او كاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر وان كان احدهما موسرا
والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي عليه السعاية فلا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء
موقوف في جميع ذلك لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال
الآخر ان دخل فمضى الغد ولا يدرى أدخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف الآخر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يسعى في جميع قيمته لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن
القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى
بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق احدهما بعينه ثم نسيه ... [illegible] ... يسعى في ربعها للموسر وما يسقط السعاية عن المعسر لاختلاف ... يسقط

حلف كاذبا واعتقاد ان العبد محرم باسترقاقه لكل استسعاؤه ولو اعترفا انهما اعتقاه معا او على التعاقب وجب ان لا يضمن كل للآخر ان
كانا موسرين ولا يستسعى العبد لانه عتق كله من جهتهما ولو اعترف احدهما وانكر الآخر فان المنكر يجب ان يحلف لان فيه فائدة
وهي انه ان نكل صار معترفا او باذلا فصارا معترفين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا **قوله** وقال ابو يوسف ومحمد رح ان كانا موسرين
فلا سعاية عليه لواحد منهما لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته وانما يدعي الضمان على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية
عندهما الا ان الدعوى لم تثبت عليه لانكاره والبراءة من السعاية قد ثبتت لاقراره على نفسه بثبوت سببها حيث اقر
بان صاحبه اعتق مع يساره وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية صادقا كان او كاذبا بالغرض ان المعتق معسر
قوله ... اي من ان العبد مملوكه او مكاتبه الا ان عندهما لا يكون مكاتبا بل حر مديون وان كان احدهما موسرا والآخر
معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي السعاية عليه فلا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لانه يدعي
الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد من السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك لان كل واحد منهما يحيله اي بقيته
على صاحبه حيث ادعى انه هو الذي اعتق والعتق لا يتجزى اي لا يثبت به الا ما لا يتجزى من زوال الرق وهو اي صاحبه
يتبرأ منه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما فلو لم يتفقا حتى مات وجب ان يأخذه بيت المال **قوله** ولو قال
احد الشريكين في عبد ان لم يدخل فلان في هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخلها غدا فهو حر فمضى الغد ولا يدرى
ادخل ام لا عتق النصف ويسعى لهما في النصف الآخر منهما وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف على تفصيل اقتضيه مذهب
كل منهما وهو انه انما يسعى في النصف لهما اذا كانا معسرين فلو كان احدهما موسرا يسعى في الربع للموسر ولو كانا موسرين
لا يسعى لاحد واليه اشار المصنف بقوله ويأتي التفريع فيه على ان اليسار يمنع السعاية او لا يمنعها على الاختلاف
الذي سبق فانما جمع بينه وبين قول ابي حنيفة في انه لا يجب الا النصف وقال محمد يسعى في جميع قيمته لهما ان كانا معسرين ونصفه للموسر ان كان احدهما معسرا
ويسعى في شيء ان كانا موسرين وهذه على وزان المسئلة السابقة اعني اقرار كل منهما انه هو الذي اعتق وههنا كذا اذا كان احدهما معسرا والآخر موسرا لا يسعى
للمعسر وكذا هذا وهذا لان الذي يأخذ السعاية ابدا يكون هو الساكت والآخر معتق فاذا كان احدهما موسرا فانه يتبرأ من تضمين المعسر
وعن السعاية وعلى ان المعسر هو الساكت فزعم ان لا سعاية له على العبد وانما حقه في تضمين المعتق الموسر وتضمينه متعذر للشك في ان العتق من
جهته بمباشرة شرطه او من جهة الآخر فيتعذر عليه الوصول الى شيء مطلقا كما لو كانا موسرين فان كلا يزعم ان حقه تضمين الآخر وهو ليس
بموسر هو عاجز عنه فلا تضمين ولا سعاية **قوله** لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول وهو الذي تحقق شرطه الذي علق عليه
حق العبد ولا يمكن القضاء على المجهول ولا التوزيع لانه يؤدي الى اسقاط بعض حق من له الحق وهو الذي لم يقع شرطه ولم
يستحق العبد من جهته واعطائه لغير مستحقه وهو الذي وقع شرطه وعتق من جهته بخلاف العتق المبهم لانه غير واقع
في المعين فلم ينافيه التوزيع فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف فانه لا يقضي بشيء للجهالة فكذا لا يقضى بسقوط
شيء لذلك واذا لم يحكم بسقوط شيء وجب الكل **قوله** ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين و

ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذلك المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي فصل الولاء المقضي
معلوم فغلب المعلوم المجهول واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على ما مر ولا ضمان عليه علم الآخر انه ابن شريكه
او لم يعلم وكذا اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا
في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية

من التيقن بالسقوط كيف يقضى به بوجوب الكل والجهالة المانعة من القضاء بالسقوط ترتفع بالشيوع اي شيوع النصف الذي حق في
نصيب الشريكين وتوزيعه عليهما فصار المقضي عليه بالسقوط المولين فلا جهالة في المقضي عليه وانما يلزم لو قضى على
احدهما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم اولوية احدهما بتمامه وكون التعيين في نفس
الامر يمنع التوزيع منتف بما في كتاب التحرير عشرة رجال لكل منهم جارية اعتق احدهم جاريته ثم صار لا يدرى المعتق
ولا المعتقة ثم اجتمعت في ملك واحد ثم مات فانه يحكم بعتقهن فيسعى كل واحدة في تسعة اعشار قيمتها
وصار كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر او البيان في الاول . الثاني فان العتق يشيع
عند عدم الاولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى في قيمة نصفه للورثة وقيد موته معتبر لانه اذا لم يمت انما يطالب بالبيان خلافا
للشافعي في انه يقرع بينهما في قول وفي قول الوارث يقوم مقامه فانه اثبات الواقع فيما لم يجعل الشرع فيه ولاية. في الثاني
واسقاط جميع حق المستحق في الاول واسقاط بعضه للضرورة اولى وقيل ان الجهالة في المقضي عليه لا تمنع القضاء اذا كان
المقضي له معلوما بدليل ان من طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر للتيقن به واكان المقضي عليها منهن مجهولة
لكن لما كان المقضي لها معلومة جاز القضاء كذا هنا المقضي له هنا معلوم وهو العبد ولا يخفى ان من صورة المسألة ان يتفقا على ثبوت الملك لكل الى
آخر النهار **قوله** ولو حلفا على عبدين الخ يريد ان يفرق بين السابقة وهذه وهي ما اذا حلف كل من الحالفين على عبد واحد
وبين هذه وهي ما اذا حلف كل على عبد له غير الآخر فقال احدهما ان دخل فلان فعبدي حر وقال الآخر ان لم يدخل فلان
فعبدي حر ومضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه لم يعتق واحد منهما ولا شئ منه في قول الكل لان المقضي عليه بعتق عبده هو
احد المولين مجهول والمقضي له وهو المعتق مجهول فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء ولو اشتراهما انسان صح وان كان عالما بحنث احد
المالكين لان كلا منهما يزعم انه يبيع عبده وزعم المشتري في العبد قبل ملكه له غير معتبر كما لو اقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم
اشتراه صح واذا صح شراؤه لهما واجتمعا في ملكه عتق عليه احدهما لان زعمه معتبر الآن ويؤمر بالبيان لان المقضي عليه معلوم
ولو قال عبده حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لان باليمين الاول
هو معترف بوجود شرط الثانية وبالثانية صار معترفا بوجود شرط الاولى وقيل لم يعتق ولم تطلق لان احدهما متعلق بعدم
الدخول والآخر بوجوده وكل منهما يحتمل تحققه وعدم تحققه قلنا ذاك في مثل قوله ان لم ادخل فعبدي حر بخلاف ما اذا لم
يكن دخل فانه يستعمله العارف في الدخول وعدمه في الماضي فيه لتحقق الدخول فيه وحقيقته شرطه ظهور انه لم يدخل في
الماضي وكذا ان كان دخل بخلاف ان دخل وعن ابي يوسف يعتق ولا تطلق لانه باليمين الثانية صار مقرا بنزول العتق ولم
يوجد بعد الثانية ما يوجب اقراره بنزول الطلاق **قوله** واذا اشترى الرجلان ابن احدهما بعقد واحد بان خاطب البائع
الاب والآخر معا بان قال بعتكما هذا العبد بكذا فقبلا عتق نصيب الاب لانه ملك شقصا من ابنه فيعتق عليه ثم لا يضمن
لشريكه شيئا ولو كان موسرا سواء علم الشريك انه ابن الآخر او لم يعلم ولكن يسعى العبد في نصف قيمته لشريك ابيه ان شاء وان شاء اعتق

وعلى هذا إذا اشتراه رجلان وأحدهما قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه لأنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق لأن شراء القريب إعتاق وصار كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه وكذا إن رضي بإفساد نصيبه ولا يضمنه كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحاً ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا وهكذا أصحابنا في ظاهر قولهم حتى يتعلق بالسراية والإعسار ويسقط بالرضاء ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لأن الحكم يدار على السبب كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه

هذا عند أبي حنيفة وأجمعوا أنهما لو ورثاه لا يضمن الأب وكذا في كل قريب يعتق وهو قول الشافعي ومالك وأحمد رح لعدم الصنع منه واللفظ الحديث أعني قوله عليه السلام من أعتق شركاً له الخ يفيد كون العتق اختيارياً وقالا في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسراً وإن كان معسراً سعى الابن فيه وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة معاً أو صدقة أو وصية وعلى هذا الخلاف أيضاً إذا اشتراه رجلان أحدهما يعتق نصفه إن اشتراه إلا أنه حلف بعتقه إن اشتراه لا يعتق لأنه لم يوجد الشرط وهو شراء كله لهما أنه أي الأب أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق الاختياري لترتبه على الشراء وهو اختياري وشراء القريب إعتاق وصار كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهة مختاراً فيه وله أن شرط التضمين مع العتق الاختياري أن لا يكون برضا من له حق التضمين ولما باشر العقد معه مختاراً وهو علة الملك الذي هو علة العتق والحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة كان راضياً بإفساد نصيبه نفسه فلا يضمنه فصار كما إذا أذن له بالإعتاق صريحاً وعلم مما ذكرنا أن المراد من العلة في قوله شاركه فيما هو علة العتق علة العلة والدليل على أن إعتاقه يثبت اختيار الشراء أنه يخرج به من عهدة الكفارة إذا نوى بالشراء عتقه عنها هذا بخلاف ما لو قال أحد الشريكين للآخر إن ضربته فهو حر فضربه فعتق نصيبه فإن له أن يضمنه ولم يعتبر رضاه بمباشرة شرط العتق رضا بالعتق لأن وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هي قول الشريك هو حر الواقع جزاء للشرط بخلاف قبول الإيجاب في البيع لأنه مباشرة العلة لأن العلة هو العقد وكل من باشره فهو مباشر علة العتق ولو قيل سلمنا أنه ليس علة إليس إنه يفيد رضاه به وقوع الجزاء والمدار هو وجود دلالة الرضا قلنا لا شك أن له تأديب عبده إذا اقتضاه حاله ومنعه منه ضرر لا يلتزم بالتزامه بإتيانه وتحلفه عليه أن لا يفعل ظلم منه فلا يصح أن يقال إن لم يلتزم يبطل حقه في التضمين لكنه يقتضي أنه لو قال إن ضربت هذا العبد اليوم ظلماً فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه والظاهر أن الجواب خلافه وأما ما أورد في منع أن مباشرة العقد رضا لأنه ضرر والعاقل لا يرضى به ولأن وضعه لإثبات ملكه لا لزواله فقد فرع بالضرورة أن من علم أن عنده قتل لهذا قتبت كذا ثم فعله مختاراً لزم القتل لأنه رضي منه بما يترتب عليه وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه إثبات ما يترتب عليه للعاقل في ذلك أغراض صحيحة دينية ودنياوية من استفادة المدح والولاء وقد يكون قيمته أكثر من الثمن وأخروية من الأجر لا يقال رضاء الأب بالشراء رضا بالإعتاق والرضاء بالإعتاق رضا بالضمان وأبو حنيفة رح يثبته إذا كان المعتق موسراً واختار الساكت التضمين فكيف ينفيه لأنا نقول كونه رضي بالضمان لا يوجب إمكان تضمين الآخر له إلا إذا لم يكن رضي بإعتاقه كما ذكرنا وأما إيراده على قولهما بأن الإعتاق لا يتجزى على قولهما فإعتاق البعض إعتاق الكل ولا يمكن إعتاق الكل إلا بتملك نصيب الآخر ولا تملك إلا بالضمان والجواب أنه تملك ضمني فلا توجه هنا قوله وهذا ضمان إفساد جواب عما يقال كونه رضي بإعتاق شريكه لا يوجب إسقاط الضمان كما لو استولد الأمة بإذن الشريك يصح ويجب الضمان قال ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان إفساد ومحصله أن الضمان في العتق ضمان تملك ولا يسقط الرضا لسببه ذلك ضمان الاستيلاد لو استولد أحد الشريكين الجارية بإذن شريكه لا يسقط ضمانه له ومن حكم ضمان التملك أيضاً أنه يثبت مع اليسار والإعسار وإنما جعلنا ضمان الاستيلاد ضمان تملك لأن وضع الاستيلاد لطلب الولد وهو يتوقف على التملك لما بيناه وضمان الإتلاف وهو ضمان الإعتاق وقد يقال ضمان جناية وليس بصواب لأنه لا جناية في عتق الإنسان ما يملكه مندوب سبحانه مع ثواب عليه ثم يفسد به نصيب الشريك فصح أن يقال ضمان إتلاف وضمان إفساد وإن لم يكن عليه إثم

[illegible] ... ولم يتعرض لغيره ... لا يضمن ... [illegible]
من حنيفة لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا الخيار ... [illegible]
عن ابي حنيفة ... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
... [illegible]
ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته ... [illegible] ... والضمان ينتقل بقيمة المتلف

في حق الافساد فنعم لو قصد لنفسه قصدا فاسدا اثم به اما وقوع العتق فليس مقتضاه ولازمه ثم كون ضمان الاعتاق مما يختلف في ظاهر الرواية
عن علمائنا ويختلف باليسار والاعسار بالنص بخلاف القياس ولا يختلف الجواب بين علم الشريك الابنية وعدمها وروي عن
ابي يوسف انه ضمان تمليك فلا يختلف باليسار والاعسار وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فصل بين كون الشريك عالما بالابنية فلا يضمن
الاب او غير عالم فيضمنه لان رضاه لا يتحقق اذا لم يكن عالما وفي ظاهر الرواية لا فرق بينهما لان المستحق حقيقة التضمين بمباشرة السبب
اسقاط فلا يختلف بعلمه وجهله كما اذا اطعم الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم انه لا يسقط تضمين الغاصب والنظير المذكور
في الكتاب ما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بحاله فانه ليس له ان يضمن الآكل لانه امر مستقيم الفساد وفيما نحن فيه على
خلاف القياس لان القياس ان لا يختلف ضمان الاتلاف باليسار والاعسار الا ترى ان من اتلف مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسرا
فان قلت قد اسلفت ان القياس ليس الا الاستسعاء لان العبد هو محتبس حق الساكت والمذكور هنا ان القياس هو التضمين
للاتلاف قلنا قد سلف خلاف في القياس انه هو على الوجهين المذكورين ولا شك ان كون القياس الاستسعاء هو
اقرب القياسين لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد مع عدم جناية المعتق ولهذا لا يثاب عليه كل منهما غير صحيح في نفس الامر لفرض ورود النص
على خلاف اطلاق مقتضاهما من الاستسعاء واتمام التضمين اذ كل قياس خالف النص فهو باطل وانما هو للمجتهد القياس الصحيح
الموافق للنص او خفي عليه والقياس الصحيح بناء هو على من شرع في صوم التطوع او صلاته قادرا على اتمامه حيث يجب عليه اتمامه فان لم
يقدر لم يجب ووجب لما قدر وتقدم تقريره فارجع اليه قوله وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب النصف الآخر وهو
موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب قيمة نصيبه لانه ما رضي بافساد نصيبه لان ... ولهذا كان الابتداء بالبيع منه وهو موسر هنا
فلذا وقع الفرق بينهما انه يضمنه فان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة وعدمه بناء على ما تقدم
من ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له اي للاجنبي بل يتعين التضمين على ما مر من ان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما
قوله ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة للبائع وقالا ان كان موسرا ضمن معناه اذا اشترى نصفه ممن يملك
كله والوجه قد ذكرناه وهو انه لما باعه منه فقد رضي بعتق نصيبه والرضا بعتق نصيبه يمنع التضمين وهذا هو المراد بقوله قد ذكرناه والا فهو لم يذكر
ان البيع ممن يعتق عليه رضا بالعتق لنصيبه بل ذكر المقدمة الثانية وهو ان الرضا يمنع قوله اذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره احدهم
وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فاراد كل من الساكت وهو الذي لم يعتق ولم يدبر الضمان وهو المراد بقوله فاراد الضمان فللساكت ان يضمن
المدبر ثلث قيمة العبد قنا وليس له ان يضمن المعتق شيئا واذا ضمن المدبر الثلث رجع به على العبد فصار على وزان ما تقدم فيما اذا اعتق احد الشريكين وهو
موسر حصته فضمنه الساكت حيث كان له الرجوع به على العبد عند ابي حنيفة وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي
ضمن لانه ملكه قنا وهذا كله عند ابي حنيفة وقالا العبد كله للذي دبره اولا ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا
الاختلاف ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعب العتق اذ هو عتق مضاف فيكون معتبرا به فلما
كان التدبير متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين حيث امتنع عليهم به البيع والهبة ونحوها من ...

نسخها

وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا

والصدقة والاعتاق وثبت لكل منهما خمس خيارات ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه
على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه ما ذكرنا فاذا اختار احدها الاعتاق تعين حقه فيه وسقط اختياره
غيره فتوجه للساكت وهو الثالث الذي لم يعتق ولم يدبر سببا ضمان احدهما تدبير المدبر الذي افسد عليه ما افسد والآخر
عتق هذا المعتق فانه تغير نصيب المدبر والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق المعتق
حيث استحق العبد خروجا الى الحرية بالسعاية او التضمين غير ان الساكت له تضمين المدبر ليس غير ليكون الضمان ضمان معاوضة
اذ هو الاصل في الضمان لان يعتدل جانبا الضامن والمضمون له فانه لما ملك المضمون له بدل ملكه وجب في تحقيق المعادلة ان يملك المعطيه وهو
الضامن ما دفع بدله فحيث امكن هذا لا يعدل عنه ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على اصلنا خلافا للشافعي من حيث جعله ضمان اتلاف
فاذا جعل الضمان فيما هو عدوان ضمان معاوضة ففي العتق وشعبه من التدبير ونحوه اولى وهذا يحقق ما ذكرت لك في قولهم ضمان جناية و
والدليل على اعتبارهم اياه ضمان جناية الى آخره انه لو غصب عبدا فابق وقضي على الغاصب بقيمته ثم عاد فللغاصب ان يبيع
العبد مرابحة على القيمة التي اداها والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحققة وكذا لو غصب مدبرا فاكتسب عنده اكسابا ثم ابق
ولم يرجع حتى مات كانت الاكساب للغاصب لصيرورته ملكا له عند اداء الضمان ومما يدل على ذلك صحة اقرار المأذون بالغصب في الحال
مع ان اقراره بالاتلافات موخر الى ما بعد العتق وانما وجب ان لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما امكن وجب هنا لانه ممكن لكونه
اي نصيب الساكت قابلا للنقل من ملك الى ملك في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سببا للضمان
المعاوضة لانه اي العبد عند ذلك مدبر وفي بعض النسخ حر ومكاتب على اختلاف الاصلين ولا بد من رضى المكاتب بالفسخ حتى يقبل الانتقال
فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف هو غير مستقيم لانه عند الاعتاق ليس حرا ولا مكاتبا بل بعد العتق يصير كذلك وكذا المستسعى عند ابي حنيفة
وان كان بمنزلة المكاتب لكن لا تنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ واذا كان كذلك فاذا وجب الضمان على المعتق للساكت لزم
ان لا يكون ضمان معاوضة اذ لا يمكن تملك هذا المضمون فكان ضمان افساد فلهذا يضمن الساكت المدبر ليس غيره ثم للمدبر ان يضمن
المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه انما افسد عليه نصيبه مدبرا فان المدبر كان متمكنا قبيل عتقه من استخدامه واجارته والاعارة وسائر منفعته
فامتنع بعتقه كل ذلك وهذا معنى الافساد عليه وانما افسده مدبرا والمدبر مال متقوم حتى لو كان مدبر الشريكين فاعتقه احدهما
وهو موسر ضمن نصيب الآخر مدبرا وان لم يملكه بالضمان **قوله** وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا فلو كانت قيمته قنا سبعة وعشرين دينارا كان
ستة دنانير لان ثلثيها وهي قيمة المدبر ثمانية عشر ثلثها وهو المضمون ستة **قوله** على ما قالوا اطلقه في مسئلة
الاشارة بالخلاف فقيل قيمته قيمته قنا وهو غير سديد لان القيم تتفاوت بتفاوت المنافع الملك فيه وقيل
نصف قيمته قنا لانه ينتفع بالمملوك بعينه وبدله وفات الثاني دون الاول وقيل تقوم خدمته مدة عمره حزرا
فيه فما بلغت فهي قيمته وقيل ثلثا قيمته قنا لان الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل وانما زال الاخير فقط والسير
قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى الا ان الوطء يخص المدبرة دون المدبر وقيل يسأل اهل الخبرة ان العلماء لو جوزوا بيع هذا مع فوات المنفعة

لكن قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان ملكه ثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار

المذكور لم تبلغ فما ذكر فهو قيمته وهذا احسن عندي واما قيمة ام الولد فثلث قيمة القن لان البيع والاستسعاء قد انتفيا وبقي ملك الاستمتاع وقيل قيمة خدمتها مدة عمرها على الحذر كما تقدم والوجه ان يقال مدة عمر احدهما منها ومن مولاها وقيل يسال اهل الخبرة ان العلماء لو جوزوا بيعها على ما ذكرنا وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لانه حر يدا لقيت الرقبة **قوله** ولا يضمن لانه لا يضمن المدبر المعتق قيمته بما ملكه بالضمان من جهة الساكت وهو ثلثه قنا فيكون قد ضمنه ثلثي قيمته مدبرا لان ملكه فيه اي في ثلثه قنا ثبت مستندا الى وقت التدبير وهو ثابت من وجه وهذا بالنظر الى حال اداء الضمان دون وجه وهو بالنظر الى الحقيقة حال التدبير فلا يظهر في حق التضمين اي الملك الممكن من الضمان هو الثابت حال العتق واستشكل بما اذا اعتق احد الشريكين وهو موسر فضمنه الساكت فانه يرجع به على العبد مع ثبوت الملك له مستندا اجيب بانه لما انتقل نصيب الساكت اليه قام مقام الساكت وكان للساكت الاستسعاء فكذا للمعتق اما هنا فليس للساكت تضمين المعتق فكذا ليس للقائم مقامه وهو المدبر ولذا كان للمدبر استسعاء العبد كما كان للساكت القائم هو مقامه ولا يخفى ان هذا لا يدفع الوارد على قوله لان الملك المستند لا يصلح سببا للتضمين اذ قد ثبت التضمين به للعبد غير ان المدبر وجد فيه مانع معه وهو قيامه مقام الساكت الذي لا ضمان له على المعتق فكان الاوجه ان يقال من الابتداء لا يضمنه ما ضمن للساكت لانه بالضمان له قائم مقامه وليس له ان يضمن المعتق ذلك الثلث فكذا ليس للقائم مقامه بخلاف ثلث نفسه اعني ثلث المدبر فانه لم يقم فيه مقام احد ويمكن ان يدفع وروده على السؤال بان الكلام في ان الملك المستند لا ينتهض سببا للضمان مفسدا كالمعتق المفسد باعتاقه ملك المدبر في نصيب الساكت والرجوع على العبد ليس تضمينا لمفسد الملك المستند لان العبد ليس مفسدا شيئا قبل تضمينه لقيامه بالضمان للساكت مقام الساكت وللساكت ان يضمنه فكذا من صار الملك له وقام مقامه واعلم انه لو لم يستحق المعتق الا بعد اداء المدبر الضمان للساكت كان للمدبر تضمينه ما ضمنه من ثلث قيمته عبدا مع ثلث مدبرا لان الاعتاق وجد بعد التملك المدبر نصيب الساكت فله تضمين كل ثلث بصفته كذا قالوا الوجه على هذا ان يقال في اصل التعليل ليس له ان يضمن المعتق ما ضمنه لانه لم يكن له فيه ملك حال عتق المعتق وان يدفع الوارد بالضمان لانه ظهر ملكه حال العتق باداء الضمان مستندا ويحتاج الى تتميمه بقولنا فيكون ثابتا حال الاعتاق من وجه دون وجه ويعود السؤال بالعتق احد الشريكين ويدفع بما ذكرنا من عدم وروده هذا واورد الطلبة على هذا انه ينبغي ان يضمنه قيمة ثلثه مدبرا لانه حين ملك ثلث الساكت بالضمان صار مدبرا فثبتا ولذا قلنا في وجه كون ثلثي الولاء له لانه صار كانه دبر ثلثيه ابتداء والجواب لا يتم الا بتقدير كون الثابت له ملكه بالضمان للساكت صار مدبرا بل هو قن على ملكه اذ لا موجب لصيرورته مدبرا لان ظهور الملك الآن لا يوجبه والتدبير تجزي وذكرهم اياه في وجه كون ثلثي الولاء له غير محتاج اليه اذ يكفي فيه انه على ملكه حين اعتق الآخر واداء الضمان وانما لم يكن الولاء كله

لما ذكرنا من انه ضمان جناية لا تملك **قوله** والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار فان السدس ثلثيه كان نصيبه بالاصالة والآخر تملكه باداء الضمان للساكت فصار كانه دبر ثلثيه من الابتداء بخلاف المعتق فانه وان كان له ثلث العتق وثلث آخر ضمانه للمدبر ليس له الا ثلث الولاء لان ضمانه ليس ضمان تملك ومعاوضة بل ضمان افساد لما ذكرنا من ان

القيمة ثلثان

وإذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك فأشبه الاستيلاد بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر

وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند أبي حنيفة وقالا إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها

المدبر غير قابل للنقل حين أعتقه كان مدبرا ولو كان الساكت اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعا أثلاثا لكل ثلثه وفي النهاية وغيرها في قوله والولاء بين المعتق والمدبر أي بين عصبة المدبر والمعتق لأنه إنما يعتق بعد الموت ونسبه لقاضي خان وهو تام لأن العتق المتجزي يوجب إخراجه إلى الحرية تنجيزا أو تأخيرا هذا الأمور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق حتى مع استخدام المدبر إياه من حين حدوثه كالواعتق أحد الشريكين اختيار وربره الآخر الساكت فإنه لا يتأخر حريته وباقيه إلى موته كما قدمنا أول الباب بخلاف ما لو لم يكن عتق منجز بل تدبير من أحدهما ثم كتابة الآخر قلمه أو كان مكاتبا لشريكين فدبره أحدهما تقييد نصيبه ويبقى نصيب الآخر مكاتبا عن غير ضمان ولا سعاية عند أبي حنيفة لأن نصيب الآخر على حاله عنده وأما في الزيادات مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه نصيب شريكه على حاله كما كان فلا ضمان عليه ولا سعاية إلا بعد عجزه عند أبي حنيفة لأن الكتابة تتجزى عنده وعندهما عتق كله والولاء له لأن حاصل عقد الكتابة استسعاء خاص فيبقى إلى أن يعجز عنه فيخير بين تضمين المعتق إذا كان موسرا أو استسعى العبد مختارا أو جبرا بإجازته فهو تحقيق ما قلنا من أنه لا يبقى فيه الرق إلا إلى أن يؤدي السعاية والله أعلم **قوله** وإذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما إلى آخره يعني أن ما ذكرناه على هذا قول أبي حنيفة فأما على قولهما فلما لم يتجزأ التدبير عندهما يصير كله مدبرا للشريك المدبر وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا فيضمن ثلثي قيمته الشريكه ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك لأنه أمكن على ما ذكرنا فأشبه الاستيلاد وأسرى ما لو استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه على حاله موسرا كان أو معسرا بخلاف ضمان الإعتاق لأنه ضمان إفساد لا ضمان تملك وقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس وضمان التملك ليس في معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف باليسار والإعسار واردا فيه والولاء كله على قولهما للمدبر وهو ظاهر لأن العتق كله من جهته واعلم أنه يجب على قولهما أن ضمان الإفساد في الإعتاق لا ينافي ضمان التملك لأنهما حيث قالا إن العتق يثبت من جهة المعتق في كل العبد حتى لو كان الولاء كله له يلزمه القول بانتقال ملك نصيب الساكت إليه وإلا فكيف ينزل عتقه في جزء لا يملكه فيجب أن يقال ضمان الإعتاق وإن كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان التدبير على أصل القياس **قوله** وإذا كانت جارية بين رجلين فزعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر الآخر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف هي موقوفة يوما أي لا تخدم أحدا ويوما تخدم المنكر ولو مات المنكر قبل تصديقه عتقت بشهادته وإقرار الآخر ولا سعاية عليها له وتسعى لورثة المنكر في نصف قيمتها في قول أبي حنيفة كذا ذكره الفقيه أبو الليث ووجه هذا التفريع أنه عند موت الشريك كأنه قال عتقت الجارية من جهة شريكي ولو قال أحد الشريكين في حياة صاحبه أعتق شريكي نصيبه فإنه لم يتمكن من تضمينه إن كان موسرا وهو منكر لكنه يفسد الرق فيه لأنه لما كان متمكنا من إفساده بإعتاقه اعتبر إقراره بإفساده ثم يسعى العبد في تمام قيمته بينهما في قول أبي حنيفة موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسرا والآخر معسرا وعندهما كذلك إن كان المقر عليه معسرا فإن كان موسرا سعى له ولم يسع للمقر لأنه معترف بأن لا حق له في السعاية بل في تضمين الشريك وهو عاجز عنه لإنكاره ولا بينة وقال محمد رحمه الله إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها وضمه في الكتاب قول أبي يوسف مع محمد بقوله وقالا باعتبار قول مرجوع لأبي يوسف ولا ينبغي مثله أن يفعل إلا أن يفرق بالبيان فيقال في قوله الأول مثلا

فصار كأنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كمعتق كذا هذا فيمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فيخرج إلى الإعتاق بالسعاية كقول أبي يوسف رحمه الله ولأبي حنيفة رحمه الله أن المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك ولا سعاية ولا استسعاء لأنه يبرؤه عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد وإن كانت أم ولد بينهما فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن نصف قيمتها لأن مالية أم الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الأصل تبتنى عدة من المسائل أوردناها في كفاية المنتهى

قالا أبوهم أن ينسب إليه الآن اليس هو قائلا به واختلف المشايخ في أن خدمة المنكر هل هي واجبة عليها على قول محمد وأبي يوسف الأول والصواب أن لا خدمة له عليها بل يجب وإقرار المقر صار حق المنكر في سعايتها وتخرج بها إلى الحرية ووقع الخلاف في باب محمد أن نفقتها في كسبها فإن لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لأن نصف الجارية للمنكر هو الإبقاء بالقول السابق حيعة ويتبنى على قول محمد أن لا نفقة لها عليه حلالا لأنه لا خدمة له عليها ولا احتباس وأما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتبة وأما جناية الجناية عليها أي تأخذ جنايتها ممن جنى عليها فتستعين بها وعلى قول أبي حنيفة جنايتها موقوفة إلى التصديق أحدهما صاحبه **قوله** لما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقراره عليه فصار كأنه هو استولدها كما لو أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه هو الذي أعتق حتى لو اشتراه عتق عليه فإذا صار له حكم المستولد امتنع الاستخدام على المنكر كما لو استولدها المقر حقيقة فإنه لا يكون للآخر الاستخدام والمقر أيضا امتنع عليه الاستخدام لأنه يدعي الملك على المنكر وإذا امتنع الاستخدام على المنكر واحتمال أن نصيبه على ملكه في الحكم ثبت له حق استسعائها لاحتباس ماليتها ومنافعها عندهما ولا وجه إلى تضمين شريكه فإذا استسعاها فلا سبيل لأحد عليها فإن المنكر أخذ حصته والمقر يبرؤها منه ويدعي أن حقه في تضمين المنكر لدعواه الاستيلاد فصارت كأم ولد النصراني إذا أسلمت لما امتنع من إبقائها على مقاصد الملك عليه ولم يمكن إخراجها عن ملكه مجانا للإضرار به وجب أن يعتق بالسعاية **قوله** ولأبي حنيفة رح وعلمت أن أبا يوسف معه أن استحقاق المنكر نصف خدمتها ثابت بيقين لأن المقر إن كان صادقا فيكون جميع خدمتها له لأنها أم ولده وهو يستحق خدمتها أو كاذب فله نصفها والآخر للمقر فاستحقاقه نصفها متيقن وأما الشريك المقر فلا استخدام له عليها ولا استسعاء لأنه يبرؤها عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان على شريكه وهو لف ونشر مرتب وقولهما انقلب إقراره عليه قلنا ممنوع لأن الإقرار بأمومية الولد إقرار بالنسب وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد بنفسه حكما نعم يوجب ذلك أن يؤاخذ بإقراره فيمتنع استخدامه واستسعاؤه وقد قلنا بذلك ولا يسري قوله في حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعتق العبد عليه لو اشتراه من هذا الإقرار على نفسه لا من الانقلاب فعلم منع الانقلاب والجواب عما استدل به عليه **قوله** وإن كانت أم ولد بينهما بأن ادعى كل منهما أنها أم ولده فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه للآخر عند أبي حنيفة رح وقالا يضمن نصف قيمتها وإن كان معسرا سعت للساكت فيه أصل الخلاف في قيمة أم الولد فعنده غير متقومة وعندهما متقومة وهو قول سائر الفقهاء غير أبي حنيفة وعلى هذا الأصل تبتنى عدة من المسائل ذكرها المصنف في كفاية المنتهى أحدها هذه والثانية أم الولد إذا ولدت ولدا فادعاه بين اثنين فادعياه أحدهما ثبت نسبه منه وعتق ولا يضمن من قيمته شيئا لشريكه عنده وعندهما يضمن نصف قيمة الولد لشريكه إن كان موسرا وإن كان معسرا استسعى الولد في النصف يعني إذا بلغ حد السعي فيه منها أم الولد المشتركة بين اثنين إذا مات أحدهما لا تسعى عنده وعندهما أو غصب أم الولد فأتت في يده لا يضمنها عنده ويضمن عندهما وذكر في الرقيات يضمنها عنده بالغصب كما يضمن الصبي الحر حتى لو ذهب بها في مسبعة فافترسها سبع يضمن عنده لأنه ضمان جناية لا ضمان غصب كما لو قتلها حيث يضمن بالاتفاق ومنها لو باعها وسلمها فماتت في يد المشتري لا يضمن عنده ويضمن عندهما ومنها أمة حبلى بيعت فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ثم

و ... قوله انه تستمتع بها وطيا واجارة واستخداما وهذا دلالة التقوم وامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر والآبق ام الولد النصرانية اذا اسلمت عليها السعاية
وهذا آية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع اما السعاية والاستخدام فباقيان
ولابي حنيفة ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهو
الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد السبب
بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقق مقصوده فافترقا وام ولد النصراني فنقول انما كاتبها عليه دفعا للضرر من الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

ماتت الام عند المشتري فادعى البائع الولد صح وعليه ان يرد جميع الثمن عنده وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن **قوله** وجه قولهما هو
قول الجمهور انها منتفع بها وطيا واجارة واستخداما ولذا يملك كسبها ولو قال كل مملوك لي حر عتق وبذا هو دلالة التقوم والفائت ليس
الا ملك البيع وهو لا ينفي التقوم كما في المدبر والآبق وامتناع سعايتها لغرماء المولى او ورثته اذا لم يكن له مال سواها فلانها مصروفة الى
حاجته كيلا يشيع نسبه وماؤه وهذا المعنى يخصها لا يوجد في المدبر فلذا افترقا في السعاية وله ما وهذا اي الانتفاع المطلق شرعا على
هذه الوجوه دلالة التقوم لان هذه الافعال لا تكون الا بملك اليمين فيها لعدم عقد النكاح والاجارة ولا زيادة بعد هذا الا ثبوت حق الحرية
ولا تنافي بين حق الحرية والتقوم الا يرى ان ام الولد النصرانية اذا اسلمت سعت له وهذا آية التقوم في ام الولد مطلقا لانه لا قائل
بالفصل بين ام ولد المسلم وام ولد النصراني فاذا ثبت التقوم في احديهما ثبت في الاخرى وكذا ولد المغرور اذا كانت امه ام ولد فان المغرور يضمن
قيمة ولده منها عندنا وحاصله دليلان الاول قياس على المدبر والثاني اجماع مركب وايضا ثبتت ماليتها فلا يخرج عنها الا بمقتضى حق الحرية
الطارئ باستيلاده وليس مقتضيا لذلك لثبوته مع انتفاء ذلك في المدبر فان فيه حق الحرية مع انتفاء عدم المالية والتقوم لثبوتهما
قوله غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعتين منفعة البيع والسعاية بعد الموت والباقي منفعة من ثلث فتنتقص ثلث القيمة بخلاف المدبر
فان الفائت منفعة البيع فقط لانه يسعى بعد الموت اذا لم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين ويستخدم فكانت قيمته ثلثي قيمته قنا وقوله
على ما قالوا يفيد الخلاف فيه كما قدمناه في الكلام على قيمة المدبر **قوله** ولابي حنيفة رح الخ حاصل ما ذكر من اللوازم انما هي لوازم
الملك بعضها اعم منه تثبت مع غيره كالوطئ والاستخدام والاجارة فان الوطئ تثبت ولا ملك له في المنكوحة والاستخدام
والاجارة تثبت بالاجارة واللازم الخاص هو ملك الكسب ولا كلام في ملك الرقبة انما الكلام في التقوم والمالية
والتقوم يثبت بالاحراز على قصد التمول حتى لا يكون العبد قبل الاحراز متقوما الا بالملك وان ثبت معه والآدمي
وان صار مالا بعد ان لم يكن في الاصل مالا لانه خلق لان يكون مالكا للمال ولكن ذلك اذا احرز للتمول وام الولد اذا احرزها واستولدها
كان احرازه لها للنسب لا للتمول وان كان اول تملكها كان للتمول لكن عند ما استولدها تحول صفتها عن المالية الى ملك مجرد عنه
فصارت محرزة لما ذكرناه وهذه المقدمة تقبل المنع عن انتفاء صفة المالية والتقوم بالاحراز للنسب بان يقال لا نسلم الملازمة بين
الاحراز للنسب وانتفاء التقوم وجوابه انه وان لم ينافه لكنه تابع فصار الاحراز في حق التقوم كالمنتفي ويدل على ذلك ثبوت لوازم الانتفاء
شرعا وهو عدم سعايتها لغريم او وارث وان لم تخرج من الثلث او لا مال له سواها وعليه ديون فان ما كان متقوما في حياته يتعلق
به حق ورثته وغرمائه ولو في بعض الصور كالمدبر لما لم يخرج من الثلث او خرج والتركة مستغرقة يتعلق به فيظهر انه معتبر حالة الحيوة
مالا فيما انه وصى به واذا لم يمكن اعتبار صحة الوصية فيه لما ذكرنا بطلت فسعى في قيمته فظهر الفرق بين المدبر المقيس عليه وام الولد حين
ثبت التقوم في المدبر ورد عليه لو كان متقوما لجاز بيعه فاجاب عنه بان عدم جواز بيعه لتحقق مقصود المدبر من نيله ثواب عتقه بعد موته
والجواب عن الزام التقوم بام ولد النصراني في منع تقومها الزام السعاية فيها ليس لذلك بل الضرورة اذ لا يمكن ابقاؤها مسلمة مملوكة له ولا
اخراجها عن ملكه مجانا وهو ما كسبه فانزلت مكاتبة عليه على قيمتها ونقول لا يفتقر بدل الكتابة الى التقوم في المماليك لانه مقابلة ما ليس

باب عتق أحد العبدين

ومن كان له ثلثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي أعيد عليه القول ثلثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح كذلك إلا في العبد الآخر فإنه يعتق ربعه أما الخارج فلأن الإيجاب الأول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة
بينهما لاستوائهما فيصيب كل واحد منهما النصف غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثاني ربعا آخر لأن الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير أن الثابت يستحق نصف الحرية
بالإيجاب الأول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه فما أصاب المستحق بالأول لغا وما أصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلثة الأرباع ولأنه لو أريد هو بالثاني
يعتق نصفه ولو أريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالأول وأما الداخل فمحمد رح يقول لما دار الإيجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل

بمتقوم وهو كف اليد ولو سلم فالأمور الشرعية لا تقاس عليها إذ ليس في محلها من ملك الضرورة أو نقول هو لعقد المالية فيها وجواز بيعها والحكم المتعلق بهم يبتنى على اعتقادهم كما في مالية الخمر أما إن ملكه لما احتبس عندها للعتق من جهتها كان مضمونا عليها وإن لم يكن متقوما كالقصاص إذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله وبهذا تم الوجه لأبي حنيفة رح وأما قوله في الكتاب وهذا لأن السبب فيها أي في أم الولد متحقق في الحال وهو الحرية الثابتة بواسطة الولد فغير متوقف عليه الإثبات إذ قد ثبت شرعا بما ذكرنا عدم تقومها وإنما هو بيان حكمة شرعية عدم تقومها يعني أن حكمة إسقاط الشرع تقومها ثبوت الحرية بينها وبين مولاها الحر إلى آخر ما ذكر في المعاهدة كما أشار إليه عمر رض حيث قال كيف تبيعون وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودماؤهن بدمائكم فلثبوت ذلك ثبت عدم المالية والتقوم وكان مقتضاه أن تتجزى حريتها لكن انعقد الإجماع على عدمه فبقي فيما سواه وهو عدم التقوم لعدم الإجماع عليه وكذا يدل على عدم التقوم قوله عليه السلام أعتقها ولدها بهذا الطريق وهو أنه يدل على تنجز العتق لكن الإجماع على أن المراد ثبت لها الولد حق الحرية فبقي فيما سوى حقيقة العتق معمولا به ومنه سقوط التقوم فإن قيل قال المصنف فيما تقدم أيضا كذلك أي سبب في الحال للعتق لما ذكر في بابه فيجب أن ينتفي تقوم المدبر على هذا أن انتفاء السبب للأمومية الجواب أن ثبوت سببية التدبير في الحال على خلاف القياس في سائر التعليقات لضرورة هي أن تأخيره كغيره من التعليقات يوجب بطلانه لأن ما بعد الموت زمان زوال أهلية التصرف فلا يتأخر سببية كلامه إليه فيتقدر بقدر الضرورة فيظهر أثره في حرمة البيع خاصة لا في سقوط التقوم بل يبقى في حق سقوط التقوم على الأصل يعني فيتأخر سببيته لسقوط التقوم إلى ما بعد الموت وعلى ما حمل قول المصنف رح في المدبر ينعقد السبب بعد الموت ويندفع عنه إلزام التناقض وذلك أن كلامه في سقوط التقوم لأم الولد فحاصل كلامه أن سبب سقوط التقوم في أم الولد ثابت في الحال وسبب سقوطه في المدبر متأخر إلى ما بعد الموت كما جنينا

باب عتق أحد العبدين هذا أيضا من عتق البعض غير أن الأول في بعض الواحد وهذا الكلام في بعض الجملة فنزل الأول من هذا منزلة الجزء وهو مقدم على الكل لأن الأول في عتق بعض ما هو بعض هذا هو الواحد **قوله** ومن كان له ثلثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج واحد منهما ودخل آخر وهو الباقي من الأعبد الثلثة فقال المولى أحدكما حر فالمسئلة على ثلثة أوجه أن يبين العتق قبل الموت والثاني أن يموت المولى قبل بيانه وهي مسئلة الكتاب والثالث أن يموت العبد قبل البيان أو حكم هذا القول فأما الأول فقد ذكرناه إن يؤمر المولى بالبيان وللعبيد مخاصمة في ذلك فإذا بين العتق في الثابت وهو العبد الذي لم يخرج الكلام الأول عتق وبطل الكلام الثاني لأنه جمع بين حر وعبد وقال أحدكما حر إنشاء في المبهم الدائر بينهما ولا يكون ذلك إلا إذا كان كل منهما محلا لحكمه والحر ليس كذلك فبطل إنشائيته وصار خبرا بأن أحدهما حر وهو الثالث فلا يفيد في الخارج شيئا فإن قيل البيان له حكم الإنشاء لأنه في المعين والعتق المبهم لا ينزل في المعين فصار بيانه في الثابت كأنه إنشاء ولأن العتق فيه بعد ما عتق الأحد الدائر بينه وبين الخارج وإن كان الثاني بتنجز عتق الثابت يعتق مستقبل عتق الخارج فكذا العتق بالبيان أجيب بأن البيان إنشاء من وجه لا من كل وجه بل من حيث إن وقوع العتق الأول في المعين به لا يكون بالعتق الأول فقط لأنه عتق المبهم وهو غير المعين يكون إنشاء من حيث إن المولى

ما لحق في الأصل [marginal note, partly illegible]

وهما يقولان انه دائر بينهما وتنصيفه للتنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف

يجبر على البيان اذا خاصمه العبدان ولا يجبر على انشاء العتق لكون المصار اليه تقديرا لا انشاء فيعتق الداخل وعلى تقدير الانشاء
لا يعتق فلا يعتق بالشك وان بين بالكلام الاول عتق الخارج فلا اشكال في عدم بيان الكلام الثاني لعدم صحته وان لم يبين الكلام
الثاني فقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق ويؤمر ببيان الاول لما تقدم بينه من الخارج والثابت ممن وان قال عنيت بالكلام الثاني
الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الاول ولا يبطل لان حال وجوده كانا قنين وان لم يبين المولى شيئا حتى مات احد العبيد
فالموت بيان ايضا فان مات الخارج تعين الثابت للعتق بالايجاب الاول الخارج بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثاني
لما ذكرنا وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت هو المزاحم لهما ولم يبق وان مات الداخل
امر ببيان الاول فان عنى به الخارج عتق الثابت ايضا بالايجاب الثاني وان عنى به الثابت بطل الايجاب الثاني
لما ذكرنا وان مات المولى قبل البيان ففي مسئلة الكتاب فاتفقوا فيها على عتق نصف كل من الخارج وثلاثة ارباع الثابت
واختلف في الداخل ومذهب ابي حنيفة وابي يوسف انه يعتق نصفه ايضا وعند محمد يعتق ربعه واستشكل قولهما بعتق النصف
وثلاثة الارباع مع قولهما بعدم تجزي الاعتاق والجواب ان قولهما بعدم تجزيه اذا وقع في محل معلوم الا اذا كان الحال ايجابا هو الحكم
بثبوته بالضرورة وهي مقتضية لانقسامه القسم مجرد تا والحاصل ان عدم التجزي عند الامكان والانقسام هنا ضروري
ورد بعض الطلبة بعدم ضرورة الانقسام لان الواقع ان كلا من عتق عنه البعض الذي ذكر لا يقر في الرق بل يسعى في باقيه حتى يخلص كله
حرا فيمكن ان يقول يعتق جميع كل واحد منهم ... والحاصل على قولهما وقول ابي حنيفة يخرج انهم يسعون وهم عبيد وعندهما يسعون وهم
احرار والحاصل ان الضرورة اوجبت ان لا يعتق جميع واحد معينا الا ان يعتق بعض فقط ثم يتاخر عتق الباقي الى اداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة
اصلهما ورد على ذلك الطالب بانه عتق الكل من كل واحد ابتداء ثم يسعى ... لزم ان يكون موجب قول المولى احدهما حر اعتاق الاثنين وهو باطل بل احدهما
لا يؤدي معنى كلا منهما وقد يدفع عنه بمنع كون الموجب كذلك بل موجبه عتق رقبة شائعة وانما عتق الكل من كل منهما للضرورة التي تقتضي تعيين ... لزم التوزيع
عتق بعض يوجب وقوعه في الكل فكان التوزيع مقتضى الضرورة لوقوع عتق النصف مثلا موجبا للتوزيع كوقوعه موجبا للقول
اعتقت فنقول فكما يقع اعتاق النصف اعتاقا للكل اذا وقع عن موجبه كذلك يقع هنا والحاصل انه لا موجب لمخالفتهما
اصلهما وموافقة ابي يوسف ابا حنيفة في عتق نصف الداخل لا يوجب موافقته في التجزي بوجه الا تعارفه بما ذكره المصنف بقوله لا الخارج فلان
الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف
ولا مرجح غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لانه دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما لكن نصفه الثابت شاع في نصفيه
فما اصاب منه المعتق بالاول لغا وما اصاب الفارغ من العتق عتق فيسلم له الربع مضافا الى عتق النصف بالاول فتم له عتق
ثلاثة ارباعه ولانه لو اريد الثابت بالثاني يعتق نصفه الباقي ولو اريد الداخل لا يعتق منه شيء فيعتق نصفه في حال ولم يعتق منه
شيء في حال فيقسم النصف له فيعتق ربعه وقد كان عتق له النصف بالاول فيكمل له عتق ثلاثة ارباع وجه المذكور لمحمد في الداخل
ان الايجاب الثاني دائر بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك نصيب الداخل **قوله** وهما يقولان انه دائر بينهما

بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف

ان اصابه ربع عنده هاهنا ليس تعصيته فاكلام بل تقيته عتق نصفه لكنه لشيوعه فى كله ونصفه شائعا مستوق فما اصاب منه هذا النصف لغى وما اصاب الثقى عتق فلذا ربعه بهذا المعنى منتف فى النصف الذى اصاب الداخل وقد علمت آنفا ان محمدا لم يوافق على هذا التوجيه هذا ولتقدم له ايضا ان الايجاب الثانى صحيح فى حال وهو ان يريد بالكلام الاول الخارج غيره صحيح فى حال آخرى وهو ان يريد به الثابت لما تقدم وعلى تقدير صحته ثبت به عتق كامل بينهما لكل نصفه وعلى تقدير عدم صحته لا يثبت به شئ اصلا فانتصف الثابت به فما اصاب كلا ربعه فلذا اعتق من الثابت ثلثة ارباعه ومن الداخل ربعه واذا عرفت هذا ظهر ان الكل فى وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لان عتق ثلثة ارباع الثابت على قول محمد ليس لذلك الوجه المذكور فانه لم يصبه النصف اصلا بل اصابه الربع ابتداء بما ذكرنا من الوجهين اعلم وان قولهم يريد الخارج بالكلام الاول معناه يحتمل ان يبين الميت العتق فيه لو بينه قبل موته والا فالعتق المبهم لم يرد به المعين حال صدوره بل المبهم ثم بالتعيين ينزل ذلك المبهم فيه وللشافعى فى اصل المسئلة قولان فى قول يقرع بينهم وفى الاصح يقوم الوارث مقام المولى فى البيان وعند احمد رح يقرع بينهم وكذا اذا قال لعبيده احدكما حر يقرع بينهما فمن خرجت القرعة باسمه فهو حر ولا يصح بيانه الا ان يقول كنت نويت عتقه اتكنه الثانى تاصيل اعتبار الاحوال ما روى انه عليه السلام بعث سرية الى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم اصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فقضى النبى صلى الله عليه وسلم بنصف العقل وليس هذا الا اعتبار الاحوال لان السجود جاز كونه لله فيكون اسلاما فيجب كمال العقل وجاز كونه تعظيما للظاهرين عليهم تقية من القتل كما يفعلونه فكان موجبا للكمال فى اعتبار غير موجب فى اعتبار فقضى بالنصف ووجه اعتبار القرعة حديث عمران بن حصين ان رجلا اعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزاهم اثلاثا ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة رواه مسلم والجماعة الا البخارى وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يقبلوا لانقطاعه باطنا وقد علمت ان ما صح سنده جاز ان يضعف بعلة قادحة ومن العلل مخالفة الكتاب والسنة المشهورة وكذا فى الفقه العادة اتفاقا بخلافه قالوا فهذا يخالف نص القرآن تحريم الميسر فانه من جنسه لان حاصله تعليق الملك والاستحقاق بالخطر والقمار عين هذا القبيل وهنا توجب استحقاق العتق ان ظهر كذا لا لمن ظهر كذا واما مقتضى العادة بخلافه فانها قاضية بنفى ان واحدا يملك ستة اعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا ثوب ولا نحاس ولا دابة ولا قمح ولا دار يسكنها ولا شئ قليل ولا كثير وما قيل انه قد يتفق للعرب ذلك سلبا حين غلبتهم او يكون وقع له ذلك فى غنيمة ان كان مع الغرض الذى فرضناه من عدم شئ قليل او كثير من كل نوع فهو ايضا مما يقتضى العادة بنفيه لانه نادر نادر فكان مستحيلا فى العادة والعرف فوجب رد الرواية لهذه العلة الباطنة كما قالوا فى المنفرد بزيادة من بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس انه يحكم بغلطه ومما ورد من جنس خبر الواحد فيما يعم به البلوى ولما ما يقبل هنا واقعة حال فلا تعم فليس بشئ لان الفعل وان لم يعم فانه يدل على طريق صحيح واذا كان طريقا صحيحا جاز ان

قال فإن كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لأنا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا إلى ثلاثة أرباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة

وتعرف الحكم به والا فمثله يلزم فيما استند اليه لا باعتبار الاحوال من قسمة التخمين بلا فرق وكذا اخذه من اوجه صنيفة وحقيقته بالوجه ليس الا دلالة العادة والكتاب يقتضي تيقنا ويحكم بتطليق من بعض رواته عن عمران ولذلك اجمعوا على عدم الاجبار على تعارض البينتين ليس الا حيث على عدم تعارض التحريرين ونحن لا ننفي شرعية القرعة في الجملة بل نثبتها بشرعها لتطييب القلوب ودفع الاحقاد والضغائن كما فعل عليه السلام في السفر بنسائه فانه لما كان سفره بكل من شاء منهن جائزا الا ان بينهن السفر الى من يخرجها من بينهن فكان الاقراع لتطييب قلوبهن وكذا اقراع القاضي في الاتصباء المستحقة والبداءة بتحليف احد المتحالفين فانما هو لدفع ما ذكرنا من تهمة الميل والحاصل انها انما تستعمل في المواضع التي يجوز تركها فيها لما ذكرنا من المعنى وتثبيته اسهام زكريا عليه السلام معهم في كفالة مريم عليها السلام كان لذلك والا فهو كان احق بكفالتها لان خالتها كانت تحته والعمدة على ما ذكرنا انه يعرف بها الاستحقاق بعد اشتراكهم في سببها على سبيل الجواز لان القرعة قد تؤدي الى حرمان المستحق بالكلية لان العتق اذا كان شائعا فيهم ثبت في كل منهم منه شيء فاذا جمع الكل في واحد فقد حرم الآخر بعض حقه جزما او وقع في بيان كلا شيء وانا اذا لم يكن شائعا فيهم كما تقدم في العشرة المالكين العشرة جواري اذا اعتق احدهم جاريته ثم لم تدر فصاروا كالعشر لواحد حيث يعتق من كل عشرها ويسعى في تسعة اعشار قيمته اصابة المستحق بعض حقه يقينا وبالقرعة جاز ان يفوتها كل حقها **قوله** فان كان هذا القول منه في المرض قسم الثلث على هذا لان العتق في المرض وصية ومحل نفاذ الوصية الثلث فان كانوا يخرجون من الثلث فلا اشكال وان لم يخرجوا وليس له مال سواهم ولم تجز الورثة قسم الثلث بينهم على قدر سهامهم من الوصية فيضرب كل بقدر وصيته قال المصنف وشرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما اي قول ابي حنيفة وابي يوسف او على قول محمد فستة وذلك لانا نجعل كل رقبة على اربعة وانما نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلثة ارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة من اربعة ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة خارجة من الثلث فلا بد ان يكون جميع سهام الورثة ضعفها لان الثلثين ضعف الثلث وهي اربعة عشر فيبلغ كل المال احدا وعشرين وكل المال هو الاعبد الثلثة فيكون كل منهم سبعة وهو ثلث المال سبعة اسهم بالضرورة فيعتق من الثابت ثلثة من سبعة ويسعى في اربعة ومن الآخرين الداخل والخارج من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فصار ثلثة ارباع الثابت الى ثلثة اسباعه وذلك اقل من نصفه بنصف سبع وصار نصف كل من الآخرين سبعين وذلك اقل من ثلثه بثلث سبع واما قول محمد فانما تضرب الداخل بسهم فيسعى في خمسة فصار ربعه سدسها وبقي هذا يكون سهام العتق ستة وسهام الورثة ضعفها اثني عشر فتكون كل التركة ثمانية عشر فيجعل كل عبد على ستة فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في ثلثة فكان المعتوق من مستحق ثلثة الارباع على قوله النصف وعلى قولهما يعتق منه نصف الا نصف سبع ومن الخارج سهمان ويسعى في اربعة وعلى قولهما يعتق ثلاثة الا ثلث سبع ومن الداخل سهم واحد ويسعى في خمسة وعلى قولهما يعتق سبعاه ولا يخفى ان الحاصل للورثة لا يختلف **قوله** ولو كان هذا في الطلاق يعني قال لزوجتين له احداكما طالق فخرجت احداهما ودخلت زوجة له ثالثة فقال احداكما طالق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ويجب لها ثلثة ارباعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ووجب لها خمسة اثمانه ومن مهر الداخلة

ذكر في هذا في الطلاق وهو علي من حولا حين مات قالوا قبل البيان يسقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد رح خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها في الزيادات

ثمنه ووجب لما سبقه اثمانه فانه مما يحتج الى المناقضة فان سقوط ربع مهر الخارجة لو ترك الطلاق بينها وبين الثابتة يسقط به نصف مهر من مهرها ليس احداهما اولى بسقوطه من الاخرى فوزع بينهما فسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع مهرها واما الكلام الثاني موجب في حال هي ان تراد الخارجة وفي حال هي ان تراد الثابتة لانه يصير جامعا بين اجنبية ومنكوحة لانه لا عدة لانه قبل الدخول فتنصف وثبت به سقوط الربع منزعا فيسقط ثمن مهر الداخلة ومثله من مهر الثابتة فيضم الى ما سقط مع الاولى فيتم لها ثلاثة اثمانه فيجب ثمله في مسئلة العتق فيعتق ربع الداخل الا الثمن في الطلاق قبل الدخول بمنزلة الربع لان الساقط به نصف المهر والثمن هو ربع النصف قال المص في جوابه قيل هذا اي المذكور في الطلاق قول محمد رح اما عندهما فيسقط ربع مهر الداخل لا الثمن جملا تيم به الزام وقيل بل هو قولهما ايضا والفرق ذكر المص انه ذكره في زياداته وذكر تمام تفريعاتها ايضا فيها اما التفريقات فما قدمناه في بيان العتق قبل موت احد وبعد موت احد العبدين واما التفريعات في الطلاق فمنها ان ميراث النساء وهو الربع او الثمن يقسم بين الداخلة والاوليين نصفين نصفه لها خاصة لانه لا يزاحمها الا احدى الاوليين اعني الثابتة والنصف الاخر بين الاوليين لان احداهما ليست اولى به من الاخرى ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة والداخلة لما ذكرنا في العتاق ولكل واحدة على الزوج ثلثة ارباع المهر وان ماتت الداخلة كان عليه بيان الكلام الاول فان اوقعه على الخارجة طلقت الثابتة ايضا لعدم مزاحمة الاخرى بالموت وان اوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة وان ماتت الخارجة طلقت الثابتة دون الداخلة لما ذكرنا في مسئلة العتق ولو لم تمت واحدة منهن حتى بين الزوج الطلاق الاول في الخارجة صح وعليه بيان الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة او الداخلة به وان بين الطلاق الاول على الثابتة لغا الكلام الثاني وان اوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة او الثابتة بالكلام الاول فان اوقعه على الثابتة فذاك وطلقت الخارجة ايضا لما تقدم واما الفرق فهو ان الكلام الثاني في العتق صحيح من كل وجه في حق الداخل ولا اشكال فيه وكذا في حق الثابت اما على قول ابي حنيفة رح فظاهر لانه عتق نصفه وهو يقول بتجزي الاعتاق ومعتق البعض كالمكاتب والمكاتب محل لعتق فصح اللفظ الثاني بالنسبة اليه ايضا بخلاف الطلاق لانه ليس بين كون المرأة محلا للطلاق وغير محل له واسطة والطلاق ابين كونه قبل الدخول فلزم كون الايجاب الثاني فيه دائرا بين كونه موجبا سقوط النصف وكونه غير موجب شيئا بخلاف العتق واما على قول ابي يوسف وهو لا يقول بتجزي الاعتاق فلان الثابت دائر بين ان يكون حرا وبين ان يكون عبدا وكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق الى آخر ما ذكرنا لابي حنيفة ولا يخفى ان المراد من كون الثابت عتق نصفه على قول ابي حنيفة فيصير بذلك مكاتبا في الايجاب الثاني انما هو بعد موت المولى والا فالايجاب الاول انما يقتضي عتق واحد من الاثنين بكماله فلا يحكم بعتق نصف احدهما لكن عند تعذر الوقوف على ذلك الواحد بموت المولى قسمناه بينهم فقد يقال من طرف محمد ان اعتبار الاحوال انما هو حال صدور الايجاب اعتباره وحال صدور الايجاب الثاني لم يكن في الثابت عتق اصلا ويجاب بانه انما يجب الاعتبار حال صدوره اذا كان التصرف حكمه لذلك ونحن انما نريد ان نعرف حكم الكلام بعد الموت وفرق آخر وهو ان الكلام الاول يعتبر تعليقا في حق الداخل بحكم تبعيض التعليق وهو وقوع العتق بالابراء عن المهر فلا يحيله من جهة الزوج فان البراءة انما تكون من قبل المرأة فيعتبر تنجيزا في حق البراءة واذا اعتبر تنجيزا كان الكلام الثاني مترددا بين ان يوجب او لا يوجب شيئا فاوجب سقوط ربع المهر من الثابتة والداخلة فيسقط من الداخلة ثمن وتستحق ثلثة اثمان مهرها

ومن قال لعبديه احدكما حر ثم باع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احدهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف رح

ومن الشابة كذلك وكان يسقط ربعها بالاول فيسقط ثلثة اثمان مهرها وتستحق ثمنا واحدا.
هذا ولا يخفى ان تخصيص ابي يوسف في الفرق بما ذكر يقتضي انه لا يقول بتجزي الاعتاق في الا بعد فيقوى
ما ذكرنا من سقوط ذلك السؤال **قوله** ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له اي لاحدهما انت حر بعد موتي
عتق الآخر المقصود ذكر ما يقع به البيان في العتق المبهم ومعلوم ان العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق المبهم عندنا وعند الشافعي
ومالك رح وعند احمد لا بيان الا بالقرعة وباللفظ لا يصح الا ان يقول كنت نويته عند التلفظ به وعند الظاهرية لا يعتق اصلا
والبيان يقع صريحا كقوله اخترت ان يكون هذا حرا بذلك اللفظ الذي قلته او يقول انت حر بذلك العتق او اعتقتك بذلك العتق اما
اذا اقتصر على قوله انت حر ثم قال اردت بذلك العتق فانه يصدق قضاء فلا يعتق الآخر ولو لم يقل شيئا عتق هو والآخر معا لان
هذا اعتاق آخر نازل بعينه الاول وبه لم يبق محلا لنزول عتق آخر فكان كالموت فتعين الآخر للعتق بذلك الاعتاق ويقع دلالة كما
اذا باع مطلقا او بشرط الخيار لاحد المتبايعين بيعا صحيحا او فاسدا مع قبض ودونه في الصحيح لان البيان يقع بتصرف مختص بالملك سواء كان
مخرجا عن الملك كما لو نجز عتق احدهما او باعه او لا وكذا اعتق الآخر بالمساومة في صاحبه وهذا لان ذلك يدل على قصده استبقاء ملكه
في الذي تصرف فيه فيقع بيانا لعتق الآخر وحكما كما اذا مات احدهما فانه يعتق الآخر وليس بيانا من المتكلم لانه ليس اختياريا ولان البيان
انشاء من وجه ولا انشاء في الآخر بموت قريبه لان الانشاء صفة اللفظ بل لزم من طريق الحكم ذلك بسبب فوات محلية الذي مات
لنزول العتق فيه ولا بد من عتق احدهما بعينه فلزم لذلك الكلام عتق الحي ولا يقع به البيان في العتق المبهم المنجز يقع به في المعلق المبهم
المعلق كما قال اذا جاء زيد فاحدكما حر فلو مات احدهما قبل الشرط او تصرف فيه بازالة الملك ثم جاء زيد عتق الباقي وفرق بين البيان
الحكمي والصريح فان الحكمي قد رأيت انه يصح قبل الشرط بخلاف الصريح فانه لو قال قبل الشرط اخترت ان يعتق فلان ثم وجد
الشرط فلا يعتبر لانه اختيار قبل وقته كما لو قال انتما حران ان دخلت هذه الدار او هذه ثم عين احدهما للحنث لا يصح تعيينه
ولو باع احدهما او كليهما ثم اشتراهما ثم جاء زيد يثبت حكم العتق المبهم فيعتق احدهما ويؤمر بالبيان لان زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها
وعن محمد لو كانت اليمين قبل الحرية المجهولة يعني قال لعبده ان دخلت فانت حر ثم قال له مع آخر احدكما حر ثم وجد الشرط فعتق بذلك المحلوف
بعتقه عتق الآخر لفوات محلية المحلوف بعتقه بالعتق فصار كموته ولو كاتب او رهن او آجر يكون بيانا ولو استخدم احدهما او قطع يده او جنى
عليه لا يكون بيانا **قوله** لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع اي ولم يبق محلا للعتق من جهة المولى المتكلم
بالعتق المبهم بسبب بيعه اياه وللعتق من كل وجه اي لم يبق محلا للعتق من كل جهة وهو العتق الملتزم بقوله احدكما حر فان صلة
تعليق عتق لم كان البيان وبالتدبير لم يبق عتقه عتقا كاملا لاستحقاقه العتق عند الموت الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن
وبالتدبير قصد استبقاء الانتفاع به مدة حياته وان يعتقه بعد موته والمقصودان من الوصول الى الثمن والانتفاع
المستمر الى الموت ينافيان العتق الملتزم بالايجاب المبهم فتعين له الآخر دلالة **قوله** وكذا اذا استولد احدهما
اي وطئ احدهما فعلقت لانها صارت ام ولد له فتعينت الاخرى للعتق للمعنيين وهما كونها لم يبق محلا للعتق من كل وجه
كالمدبر وقصده ابقاءها للانتفاع بها الى الموت وانما قيدنا الوطء بالعلوق فان الوطء غير المعلق ليس بيانا عند ابي حنيفة كما تقدم

والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لأنه تمليك وكذلك لو قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما لما قلنا وكذلك لو وطئ إحداهما لما بينا ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تعتق لأن الوطء لا يحل إلا في الملك وإحداهما حرة فكان بالوطء مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الأخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله أن الملك قائم في الموطوءة لأن الإيقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤهما على مذهبه إلا أنه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به أو يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله والوطء يصادف المعينة بخلاف الطلاق لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء

واستشكل على تعيين الآخر بموت أحدهما بما لو اشترى أحد العبدين وسمى ثمن كل منهما على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء فمات أحدهما حيث يتعين للبيع الميت لا الآخر وأجيب بأن بالموت لم يبق محلية البيع كما لم يبق محلية العتق وبما لو قال لأمتيه إحداكما بائن بعتق أو أم ولدي ثم ماتت إحداهما لا تتعين الحية للاستيلاد ولا للحرية وجواب الأول بالفرق بأن عند إشراف أحدهما على الموت تعين البيع فيه لأنه تعذر رده كما قبضه فإنه لا يخلو عن نقص فتعينت فإنما تعين البيع وهو حي لا ميت والتعيين للعتق بالإشراف على الموت فلو عتق كان بعد الموت فامتنع فمات رقيقا فلم يتعين الآخر للعتق وجواب الثاني بأنه لم يلزمه بصيغة بل إخبار ويجوز أن يخبر بهذا عن الحي والميت فيرجع إلى بيانه الأولى وقوله الطلاق جواب الكتاب يريد الجامع الصغير وقوله لما قلنا أي من أنه قصد الوصول إلى الثمن وهو لا يبقى الثمن ينافي العتق فتعين الآخر للعتق قوله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لأنه تمليك روي عن محمد لا يأخذ أو وهبها أو تصدق بها وقبض عتق الآخر وكذا ذكر الإقباض لتوكيد لا للاشتراط لما في المبسوط والمحيط وغيرهما أن البيان باعتبار دلالة تصرف مختص بالملك وذلك بالمساومة يعلم عينت الآخر وليس فيما خروج عن الملك فعتق الهبة والصدقة والبيع الفاسد وجوابه قبل بل يثبت طريق الملك أو لأن التعيين قوله وكذلك لو قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما تعينت الحية لما قلنا في العتق من تعيين الباقي بموت إحداهما لعدم محلية العتق وكذا لو وطئ إحدى المرأتين طلقت الأخرى لما بين في المسئلة المتقدمة التي قبلها قوله ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما ولم تعلق لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا أحمد إذا علقت عتقت الأخرى اتفاقا ولو قال إحداكما مدبرة ثم وطئ إحداهما لا يكون بيانا بالإجماع لأن التدبير لا يزيل ملك المنافع بخلاف العتق وقوله العتق وقال الشافعي ومالك في رواية لهما أن الوطء لا يحل إلا في ملك واحد منهما ليست في الملك لعتق أحدهما لأن الكلام وكذا لو قال أنت حرة ونصف نعمة لكل منهما فكان بوطء أحدهما بيانا للمستبقى لملكها فتعينت الأخرى لزوال ملك العتق كما في الطلاق المبهم فإنه إذا قال لزوجتيه إحداكما طالق ولم يدخل بهما ودخل فقال طالق بائن أو كانا فوطئ إحداهما طلقت الأخرى اتفاقا وإنما قيدنا الطلاق بما ذكرنا لأنه لو كان رجعيا لا يكون الوطء بيانا لطلاق الأخرى لحل وطء المطلقة الرجعية ذكره في الفوائد وعلى قياسه بيان في الطلاق المبهم في الزيادات لا يثبت وقال الكرخي يحصل به التعيين كما يحصل بالوطء ولأن الملك قائم فيهما جميعا حتى يحل وطؤهما ولهذا لو وطئهما لا يجب كان الواجب عقر مملوكتين ويكون كله للمولى وإنما يملك البدل بملك الأصل وهذا لأن العتق في المنكرة أي المبهمة الدائرة بين كل منهما وهي غير المعينة وما فيها لأن المعينة ليست دائرة بين نفسها والمعينة الأخرى في حق العلم المبهمة أحد دائر بينهما ووقوعه في المعينة مشروط بالبيان فكان عتق المعينة معلقا به والمعلق بالشرط معدوم قبله فصار كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثم قال لامرأته إن كانت حرة فإن له وطؤها قبل الشرط لقيام الملك في الحال وقولهما إحداهما حرة إن أريد المعينة منهما أو المبهمة سلمناه ولا يفيد لأن الوطء إنما يقع في المعينة فوطؤها لم يقع في محل الحرمة فحل فإذا حل وطء كل منهما لم يكن وطء إحداهما دليلا على تحريم الأخرى لعتقها وإنما يلزم إذا كان الحلال وطء إحداهما فقط وهو ممنوع ورد بالنقض بالوطء بالطلاق المبهم فإنه لو صح ما ذكر لزم حل وطئهما

ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى في النصف

لو قوله في عينه والمطلقة هي المبهمة فاوجبنه تقييد حلها بازالة تعيين احدهما للطلاق ويجوز وطئ احدهما تبيين الاخرى محرم بخلافه في العتق ما حاول المسئلة وهو انه كما كان الوطئ بيانا في الطلاق تجب ان يكون بيانا في العتق لان الملك في الزوجتين المبهمة المطلقة في المبهمة ولا جواب له سوى ان الدال في الاصل في الطلاق المبهم ليس الا قصد الاستبقاء فانه هو الدليل على نفي الرد فكان الواجب اخراج احداهما عن الملك وهو مبطل فيما رجع اليه وهو الوطئ لطلب الولد فكان دليله عليه استبقاء من هو منها كيلا تبيت حاله ووطئ المملوكة هو المفيد لطلب الولد الذي هو الدلالة هو الذي وضع له عقد نكاح وطئ الامة لان عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام ووطيها من جملة الاستخدام قضاء للشهوة فلم يكن وجوده دليلا على قصد الولد دلالة ظاهرة وعلى هذا فكيفي في دليلها ان يقال وطئ احداهما دليل استبقائها كالوطئ في الطلاق المبهم وفي وجه قوله منع دلالته والفرق لما ذكرنا ولا حاجة الى اثبات الملك فيها وحل وطيها ثم القول بانه لا يفتى به لترك الاحتياط فالحق انه لا يحل وطيها كما لا يصح بيعها وقد وضع في الاصول مسئلة بجواز ان يحرم احد اشياء كما يجوز ايجاب احد اشياء كما في خصال الكفارة وحكم تحريم احد اشياء جواز فعلها الا واحدا الا انه لو عمها فعلا كان فاعلا للمحرم قطعا ولم يعلم خلاف في ذلك وثبوت الملك قد يمتنع معه الوطئ لعارض كالرضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطئ وهنا كذلك لكان موجب اللفظ وهو عتق احداهما لا بعينه وهذا في وطيها وطئ الحرة بيقين فلا يحل قبلها وان كان الملك قائما فيهما بخلاف اخذه ارش الجناية عليهما لانه بدل الملك غير مقيد بحل الوطئ وعن هذا قيمة مملوكين كذلك ايضا وانما وجبت نصف قيمة ودية لكل منهما انا قتلها رجل لصحة اثباته بدون التعيين وانما تنتصف لان احدهما حرة بيقين ولا تعرف فتنتصف في الضمان ثم ما هو قيمة للمولى وما هو دية للورثة بخلاف ما لو قتلها رجلان فان على كل منهما قيمة امة اذ ليست نصف كل منهما حرة في نفس الامر فكل من الرجلين يقول ذلك فتعذر الايجاب على العاقلة من غير تيقن الضمان عليهم بخلاف قتل واحد فان الحرة قد اتلف وهو متحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فتوزع فيهما قولهم وقوع الطلاق فيما معلق بالبيان فجاز وطيها غير صحيح ادلا تعليق بل منجز وامره في الشرع تعيين محله ولو كان معينا محضا لم يجبر على ايقاع شرطه كسائر الايمان وهنا يجبر على البيان الذي هو بمنزلة الشرط فعرف انه شبيه به من حيث توقف الوقوع في المعينة عليه تبعا لا يوجب حقيقة احكامه من حل الوطئ قبل الشرط فيهما وابو حنيفة لم ينقل عنه ذلك صريحا بل خرج من تعليقه الملك فيهما الحل في وطئ احداهما **فروع** من البيان قال لامتيه احداكما حرة ثم قال لم اعن هذه عتقت الاخرى ولو قال بعد ذلك لم اعن هذه الاخرى عتقت الاولى فتعتقان لان قوله لم اعن هذه اقرار بعتق الاخرى وقد اقر لعتقهما وكذا هذا في الطلاق بخلاف ما لو قال لاحد هذين على الف فقيل له اهو هذا فقال لا لم يجب للاخر شيء فالفرق ان البيان في الاقرار المبهم ليس واجبا بخلافه في انشاء الطلاق والعتاق المبهم ولو قال امة وعبد من رقيقي حران فمات قبل البيان فان كان له امة وعبد ان عتقت الامة ومن كل عبد نصفه وان كانوا ثلثة عتق من كل ثلثه وتسعون في الباقي ولو تعددت الاماء فعلى هذا القياس ان كانتا امتين عتق من كل نصفها او ثلاثا عتق من كل ثلثها ويسعى في الباقي والله سبحانه وتعالى اعلم

قوله ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف الام مطلقا في قيمته لنفسها ونصف الجارية وتسعى في النصف والغلام عبد لان كل واحدة من الام

وإن ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولاً وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لإنكاره شرط العتق فإن حلف لم يعتق واحد منهم وإن نكل عتقت الأم والجارية لأن دعوى الأم حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسألة بحالها عتقت الأم بنكول المولى خاصة دون الجارية لأن دعوى الأم غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية

فالجارية يعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اولا فتعتق الام لوجود شرط عتقها والجارية تكون تبعا للام في الرق
والحرية وقد ولدتها وهي حرة وترق في حال وهي ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فاذا اعتقت في حال دون
حال فيعتق نصف كل منهما والغلام عبد في الحالين لانه ولد وامه رقيقة فانها انما تعتق بعد ولادتها اياه اولا لان ولادته شرط
عتقها والمشروط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى في الجامع الصغير من غير خلاف فيه والمذكور لمحمد رح في الكيسانيات في هذه المسألة
انه لا يحكم بعتق واحد منهم لانا لم نتيقن بعتقه فاعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية ولا يجوز ايقاع العتق بالشك فعن هذا حكم الطحاوي
بان محمدا كان اولا مع ابي حنيفة وابي يوسف ثم رجع وفي النهاية عن المبسوط ان هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل في هذا
الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الجارية اولا فان نكل فنكوله كاقراره وان حلف فكلهم ارقاء
وانما جواب هذا الفصل فيما اذا قال ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما لا يدرى
الاول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام ولا شك ان هذا ليس جواب الكتاب لان في هذه الصورة تعتق جميع الجارية
على كل حال لانها ان ولدت الجارية اولا عتقت بالشرط وان ولدت الغلام اولا عتقت تبعا للام واما انتصاف عتق الام فلانها تعتق في
ولادة الغلام اولا وترق في الجارية وجواب الكتاب عتق نصفها مع نصف الام وصحح في النهاية ما في الكيسانيات لان الشرط الذي
لم يتيقن بوجوده اذا كان في طرف واحد يكون القول قول من انكر وجوده كما اذا قال ان دخلت غدا فانت حرة فمضى الغد ولا يدرى ادخل
ام لا للشك في شرط العتق وكذا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام اولا واما اذا كان الشرط مذكورا في طرفي الوجود
والعدم كان احدهما موجودا لا محالة فيحتاج الى اعتبار الاحوال فان قلت المفروض في صورة الكتاب تصادقهم على عدم علم المتقدم
والمتأخر فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع قلنا هو محمول على دعوى من خارج حسبة عتق الامة وبنتها لوجود الشرط وقد
عرف ان الامة لو انكرت العتق وشهد به تقبل فعلى هذا جاز ان يدعي رجل حسبة اذا لم يكن بينة ليحلف فربما نكل له هذا ولكن
المذكور في المبسوط تعليله صريح بان الام تدعي العتق والمولى ينكر والقول للمنكر مع يمينه وافاد ان ذلك في صورة
دعوى الام وهي غير هذه الصورة التي في الكتاب واعلم ان ما ذكر في النهاية من ترجيح ما في الكيسانيات حقيقة
ابطال قول ابي حنيفة وابي يوسف مع انه لم تعز عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب واستدلالا بان الشرط اذا كان في
طرف واحد الخ قد ينظر فيه بان ذلك في الشرط الظاهر لا الخفي ولهذا قيد في المبسوط حيث قال اذا قال
ان فعلت كذا فانت حرة لذلك من الامور الظاهرة كالصوم والصلوة ودخول الدار فقال العبد فعلت لا يصدق الا ببينة
بخلاف قوله ان كنت تحبيني الخ فيمكن ان تكون الولادة من الامور التي ليست ظاهرة فيوجب الشك فيها اعتبار الاحوال
فيعتق نصف الام كما في الجامع **قوله** وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة
فالقول قوله مع اليمين بالبت ما لم يعلم ان الغلام ولد اولا لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل
عتقت الام والجارية معا لان دعوى الام حرية الصغيرة تثبت في ضمن دعواها حرية نفسها لانها تنفع

الغلام

ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى **قال** واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على ان يطلق احداهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الشهادة في العتق مثل ذلك واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق

مخصص مع ثبوت ولايتها عليها في الجملة لعجز الصغيرة عن دعواها لنفسها فاعتبر نكوله في حق حريتها فعتقتا فلو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا من الحرية لنفسها وباقي المسئلة بحالها يعني ولدتها فادعت الام تقدم الغلام وانكر المولى والجارية بالغة فحلف فنكل عتقت الام خاصة بنكوله لان دعوى الام حريتها غير معتبرة في الجارية الكبيرة لان الدعوى عن الغير انما تصح لولاية او نيابة وهما منتفيان عن الكبيرة وفيه انه تضمن دعوى الام حريتها لنفسها دعواها حرية البنت فان قيل اذا ثبت عتق الام ينبغي ان تثبت حرية بنتها لانه لازم له فلا فرق اي عدم حريتها التي لا تتجزأ الاخرى اجيب بمنع كون عتق الام بالنكول عتقها لوجود الشرط بجواز كونه بدلا لماليتها من المولى ليترك الحلف او اقرارا بحريتها بدون ذلك الشرط فلا يوجب عتق البنت وبان النكول جعل اقرارا على قولهما بطريق الضرورة ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول قبل القضاء ولهذا قال محمد فيمن قال لغيره انا كفيل بكل ما يقر به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر فحلف فنكل يقضى عليه بالمال لا يصير الرجل كفيلا ولو كان اقرارا من كل وجه صار كفيلا **قوله** ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة والباقي بحاله يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا من ان دعوى الام حرية نفسها غير معتبرة في حق الجارية من عدم صحة الدعوى والنكول يبتنى على صحة الدعوى **قوله** وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا في كفاية المنتهى من الوجوه الباقية وهي ما اذا اتفقوا على ان ولادة الغلام اولا او اتفقوا على ان ولادة الجارية اولا فلا يعتق احد في الثاني ويعتق كل الام والجارية في الاول وبها تتم الاوجه للمسئلة ستة **فروع** في المحيط لو قال ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية ثم غلاما فكذا ان ولدت غلاما وجاريتين ولا يعلم الاول عتق نصف الام ونصف الغلام ومن كل واحدة من الجاريتين اما الام فلانها تعتق في حال دون حال وهو رواية وفي عامة الروايات يجب ان يعتق ثلثها لانها تعتق في حال وترق في حالين بان كانت ولادة احدى الجاريتين اولا واما الغلام فانه يعتق في حال بان ولدت احدى الجاريتين اولا وترق في حال بان ولدت الغلام اولا فاما الجاريتان فيعتق من كل ربعها في عامة الروايات لان اصابة الحرية بجهتين متعذر لان الشخص اذا اعتق تبعا للام لا يتصور ان يعتق بعتق نفسه واذا عتق بعتق نفسه لا يعتق تبعا للام فلا بد من الغاء احدى الجهتين والغينا اصابة العتق من جهة الام واعتبرنا الاصابة بعتق النفس لانها اقل وهو المتيقن فان كانت ولادة الغلام اولا لا يعتقان بعتق نفسهما وان كانت ولادة الجارية ولا تعتق الا الاخيرة بعتق نفسها فثبت لها حرية في حال دون حال فيثبت النصف بينهما وقال ابو عصمة ينبغي ان يعتق من كل ثلثه لان الجاريتين احداهما الا ان الغلام لو كان اولا تعتق الام فتعتق الجاريتان بعتقها ولو كانت احدى الجاريتين ولا ثم الغلام عتقت الجارية الاولى والاخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف بينهما واختار شمس الائمة قول ابي عصمة وقال هو الذي يوافق ما تقدم **قوله** واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق اي عتاق الاصل بان شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا بتدبير احدهما مطلقا في صحته او مرضه لان التدبير حيث وقع كان وصية وعندهما تقبل ويؤمر بتنجيز عتق احدهما وهو قول الشافعي ومالك واحمد رحمهم الله **قوله** واصل هذا اي اصل هذا الخلاف ان الشهادة على حق العبد لا تقبل عند ابي حنيفة من غير دعوى العبد مطلقا الا في حرية الاصل على ما سيأتي

والمسألة معروفة وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لا يتحقق في مسئلة الكتاب لأن الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى أما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللاً في الشهادة لأنه ليس بشرط فيها

الحرية العارضة على ما هو الصحيح خلافاً لما قاله رشيد الدين أن الدعوى عنده ليست شرطاً في حرية الأصل بل في العارضة فقط ثم لا فصل على عتق الأمة فإنه تقبل بلا دعوى بالاتفاق ومنها ما تقبل بلا دعوى والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وإن أنكرت الأمة العتق ولا يلتفت إلى انكارها وتعتق لأنها متهمة لأنها متهمة ولذلك على طلاق النساء المقبولة من غير دعوى بالاتفاق وإن أنكرت ويجبر على أن يوقع عليه أحياناً **قوله** والمسألة معروفة وجه قولهما أن المشهود به هو العتق حق الشرع إذ يتعلق به تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكوة ويصح نذره وتعلقه به ولهذا لا يحتاج إلى قبول ولا يرتد بالرد فإن السيد لو كذبه العبد يرد العبد ولا يبطل بالتناقض حتى لو أقر بالرق ثم ادعى حرية الأصل وأقام البينة تقبل ولو كانت الدعوى شرطاً لمنع لأن التناقض يبطل صحة الدعوى وإنما لا يكفي شهادة الواحد لأنه وإن كان أمراً دينياً يتضمن إزالة ملك العبد وإبطال مالية مالك فلذا اشترط في الشهادة عليه اثنان ولأبي حنيفة أن العتق إما زوال الملك المستلزم لثبوت القوة من مالكيته أو هو نفسها وكلا الأمرين حق العبد لأنه المنتفع به على الخصوص ثم بعد ذلك يثبت ما ذكر من حقوقه تعالى ثمرات لهذا الثبوت فصح كونه حقه على الخصوص في الحقيقة ولا ثبوت للازم إلا بعد الملزوم وإذا كان المستلزم حقه لا يثبت إلا بدعواه ولا يخفى أنه يرد على هذا عتق الأمة لأنه يقال حرمة فرجها التي هي حقه تعالى تثبت بعد ثبوت حقها من العتق فوجب أن يشترط دعواها فإن قيل الفرق أنها متهمة لرغبتها في صحبة مولاها قلت نقول لو كان العبد أيضاً متهماً فيما تبادعواه وذلك بأن لزمه حد قذف أو قصاص في طرف حتى لو أنكر العتق ولا يلتفت إلى انكاره قلنا لفرض الكلام فيما إذا لم ينكر ولكنها ساكتة لعدم علمها بحريتها ثم قد يمنع تأثير كون الثابت بالعتق أولاً هو حق العبد إنما الحق لله تعالى في اشتراط الدعوى لأنه إذا ثبت استلزامه لحق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت أولاً أو ثانياً ولأن حاصل التقرير يكون العتق يتضمن حق العبد وحق الله سبحانه وتعالى أما حقه سبحانه فما ذكرتم وأما حق العبد فإنه يصير به مالكاً لأكسابه فيتمكن من إقامة مصالحه وثبت ولايته من نفاذ قوله في الشهادة والنكاح بنت وحصول ميراث له إذا مات قريبه فهو بما فيه من حق العبد يحتاج إلى الدعوى وإن لم يحتج إلى دعوى بما فيه من حق الله تعالى على أن الاستدلال لعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف على قبوله لا يستلزم كونه حقاً لله سبحانه وتعالى خالصاً ألا يرى أن العفو عن القصاص وإبراء الكفيل من حقوق العباد ولا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول وكذا التناقض فإن عدم منعه لخفاء رق الأصل وحريته كما في دعوى النسب ولو لم يكن ذلك فلما اجتمع في العتق الحقان فلحق الله تعالى قلنا لا يمنع التناقض في حرية الأصل ولا في الحرية العارضة ولحق العبد شرطنا الدعوى والشاهدين ورد عليه أيضاً عتق الأمة فإن فيها الحقين فيجب الدعوى والشاهدان لحق العبد ولا يمتنع التناقض لحق الله سبحانه وأيضاً إذا كان بما تضمنه من حق العبد يحتاج إلى الدعوى لا يلزم ثبوتها لأنه بما فيه من حق الله ليعارضه لأن الثابت معه عدم الاحتياج إلى الدعوى وإنما تعارضنا لأنه إذا وقعت الشهادة بلا دعوى في حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والآخر يقتضي أن لا يثبت بل الحق أن المنظور إليه اجتماع الحقين وتعارض مقتضاهما فترجح إثبات شرط الاحتياط في أمر ذكرناه وأما الفروج فمحتاط فيها فالاحتياط أن لا يتوقف إثباته بعد الشهادة على شيء آخر بخلاف ما لم يثبت فيه مثله فلهذا وقع الفرق عنده بين عتق الأمة

وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لا يتحقق في مسألة الكتاب لأن الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى أما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللاً في الشهادة لأنها ليست بشرط فيها ولو شهدا أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله وإن لم تكن الدعوى شرطاً فيه لأنه إنما لا يشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين هذا كله إذا شهدا في صحته على أنه أعتق أحد عبديه أما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحساناً لأن التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية إنما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث ولأن العتق في مرض الموت يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصماً متعيناً

والطلاق وبين عتق العبد لان حق سبحانه الثابت بحرمة الاسترقاق استتبع الدعوى ليس من التاكيد بحيث يجب ان يثبت بلا دعوى وهما يقولان جميع حقوق الله تعالى يجب ان تثبت بلا دعوى لانه تعالى لا خصم فيها والعباد شاهدون نيابة فتتضمن شهادتهم دعواه واما حق العبد فان افتقر ثبوته الى الدعوى فقد انتصب النائب عن الله تعالى نائباً عنه وبهذا القدر يحصل المقصود فان المثبت في الحقيقة ليس الا الشهادة وانما يبقى فيما لو انكر العبد العتق والتهمة مع سبب الترجيح وترجح حقه تعالى ولا يقال المقر يرجح حق العبد لانا نقول ذلك عند التعارض بان كان ثبوت احدهما ينفي ثبوت الآخر وهنا ثبوت حق العبد مع حق الله تعالى بل اذا اثبتنا حق الله تعالى كان اثباتاً لحق العبد بل ابقاء عليه انما فيه ثبت على زعمه **قوله** واذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لا يتحقق في مسألة الكتاب اي الجامع الصغير وهي ما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه لانه عتق المجهول والدعوى من المجهول لا يتحقق وانما يتحقق في المعين فتنتفي المطابقة بين الدعوى والبينة وعندهما ليس شرطاً مطلقاً فتقبل ويجبر على تعيين احدهما **قوله** ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه الخ جواب عما قد يقال اذا كان الدعوى ليس بشرط عنده في الشهادة على عتق الامة فينبغي ان تقبل على عتق احدى امتيه والواقع انها لا تقبل عنده فاجاب بانه انما لا يشترط الدعوى في الشهادة على عتق الامة المعينة لما فيه من تحريم فرجها على مولاها وهو حق الله تعالى خالصاً فشابه الطلاق وفيه لا يشترط للشهادة به الدعوى كذلك وكذا هذا والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فانتفى المستند فصار كالشهادة على عتق احد العبدين فان قيل لو كانت العلة سقوط الدعوى في عتق الامة تحريم فرجها على المعتق لبطلت في عتق الامة المجوسية والتي هي اخته من الرضاع وفي الشهادة على الطلاق الرجعي لان الشهادة بذلك لم تتضمن تحريم فرجها لحرمته في الاوليين قبل الشهادة وحلها في الرجعي بعدها فالجواب انه يثبت بالشهادة بعتقها نوع آخر من التحريم فان وطئ الاخت من الرضاع المملوكة ليس بزنا حتى لا يلزمه الحد بوطئها قبل عتقها وبعده يلزمه وفي الطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها فاثبت تحريماً موجلاً بانقضاء العدة واما الامة المجوسية فينبغي ان تشترط الدعوى عنده وما قيل ان وطئها مملوكة [illegible] انما يمتنع منه حينئذ كالحائض فبالشهادة يمتنع ذلك والوطئ فيه ما فيه **قوله** وهذا كله اذا شهدا

بعتقه احد العبدين في صحته اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او في مرضه ليكون شهادتهما بالعتق هو وصية وهو المستثنى في اول المسئلة وقدمنا ان التدبير حيث ما وقع يكون وصية معتبراً من الثلث ولو في حال الصحة وسواء كان شهادتهما بهذه الوصية في مرض موته او بعد وفاته يقبل استحساناً لان عدم القبول فيما تقدم عنده لعدم خصم معلوم فلا يتصور الدعوى واذا كان وصية فالخصم فيها هو الموصي لان تنفيذ الوصية من حقوق الموصي فهو الخصم المدعي فيها وهو معلوم وعنه نائب معلوم هو الوصي او الوارث بخلاف حالة الحيوة فان الخصم في اثبات العتق ليس هو السيد لانكاره بل هو العبد وهو مجهول ووجه آخر للاستحسان ان الخصم بعد الموت في العتق لو لم يكن الوصي كان كل من العبدين وهما معينان وفي حالة الحيوة لا يتسع خصومتهما لانه لم يعتق منهما شئ بالعتق المبهم بخلاف ما اذا مات المولى قبل البيان فان العتق يشيع فيهما فيعتق من كل نصفه على ما عرف فيمن اعتق احد عبديه ثم مات قبل البيان فيكون كل منهما خصماً معلوماً ولا يخفى ان المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا يقام البينة الا على منكر نقض عن بعض الشارحين الا ان تكون الورثة منكرين فذلك فهذا لا يكون **قوله** وعنه خلف هو الوصي او وارثه يعني الوصي ان كان او الورثة منكرين او الورثة ان كان الوصي منكراً فقيل فيه مشكل لما لو كان كل من الوصي والوارث منكراً فلا تبطل البينة لانها شهادة بوصية وليس واحد منهم خلفاً ولا مخلص الا باعتبار جعل الميت مدعياً تقديراً وايضاً قوله واداء الشهادة في مرض موته الى آخره يفيد انها تقبل في حيوته وانت علمت ان قبولها بعد موته باعتبارها وصية لاعتباره مدعياً وعدم قبولها قبل موته لان المدعي العبد وهنا غير من اثبت فيه العتق اعني المبهم والحاصل ان انزاله مدعياً لا يكون الا بعد موته واما قبل موته فهو منكر ولهذا احتيج الى الشهادة وردت

ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر قيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع

لعدم المدعي ولا تخلص الا بتعيينه اذا كان المريض قد اصمت حال اداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات وعلى هذا يجب ان يؤخر القضاء بهذه الشهادة
الى ان يموت فيقضي بها لا يحتاج الى اعادتها وان عين فينطلق لسانه فترد لعدم تقدم الدعوى **قوله** ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر روايتان
فيه عن ابي حنيفة واختلف المشايخ في تخريجها على قوله فقيل لا تقبل لانه ليس بوصية لاسناده العتق المنجز الى حالة الصحة فلم يكن الميت مدعيا له بدا
وقيل تقبل لان العتق شاع بين الميت فيشيع ودعواهما كما ذكرنا وصحح فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قبولها قال هو وان لم يكن احدهما معلوما بعينه
فيتعدى بابهما وتبعه صاحب الكافي قال هذا الاصح ولقائل ان يقول شيوع العتق الذي هو بمعنى صحة كون العبد مدعيا متوقف على ثبوت قوله
احدكما حر ولا يثبت الا بالشهادة وصحتها متوقفة على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفا على ثبوت الشهادة وقوله لا يثبت
الشهادة وصحة قبولها وهي متوقفة على ثبوت العتق فيهما شائعا فلزم الدور وان لم يتم رده ثبوت هذه الشهادة على قوله لزم ترجيح القول بعدم قبولها
وعلى هذا بطل الوجه الثاني من وجهي الاستحسان في المسألة التي قبل هذه من ترجيح شهادتهما بحرية احداهما فيها ايضا الاوجه انها لا تقبل لانها في الميت ابتداء
وهو عتق مطلق بل مجهولة وكذا الشهادة على طلاق احدى نسائه لا تقبل عندهما وعند زفر تقبل ويجبر على البيان ويجب ان يكون قولهما كقول زفر في
هذه لانها كشهادتهما على عتق احد عبديه وطلاق احدى زوجتيه ولو شهدا انه اعتق عبده سالما ولا يعرفون سالما الا انها وله عبد واحد اسمه سالم عتق
لانه كان معينا كما اوجبه وكون الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم كما ان القاضي يقضي بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد
والشهود وانهم اجنبية لو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجحد لم يعتق واحد منهما في قول ابي حنيفة لانه لا بد من الدعوى لقبول هذه الشهادة عنده
ولا تحقق هنا من المشهود له لانه غير متعين منهما فصارت كمسألة الكتاب بانها فيه وهذا اصل في الشهادة على العتق اذا ادعى العبد العتق واقام شاهدا لا يحال
بينه وبين المولى وفي الامة اذا قالت شاهدي الآخر حاضر يحال ولو اقام العبد شاهدين ان كان المولى مخوفا على العبد حيل بينهما حتى ينظر في امر الشهود
لان الحجة تمت ظاهرا حتى لو قضى بشهادتهما نفذت فتثبت به الحيلولة احتياطا بخلاف ما اذا اقام شاهدا واحدا شهد بعتق عبده ثم اختلفا في الوقت والمكان
او اللفظ واللغة او شهد احدهما انه اعتقه والآخر انه اقر انه اعتقه فالشهادة جائزة لان العتق قول يعاد ويكرر فلا يلزم اختلاف المشهود به باختلاف الشاهدين
فيما ذكرنا بخلاف ما لو شهد احدهما انه اعتقه والآخر انه وهب نفسه لاختلاف المشهود به وهذا لان الهبة تمليك والاعتاق احداث القوة وازالة الملك كذا في
المبسوط ويحمل على ذكر قبله من ان اختلافهما في اللفظ لا يمنع على ما اذا كان مؤدى اللفظين واحدا ومعناهما ولا يخفى ان التعليل الذي علل به لقبولها عند الاختلاف في اللفظ
من ان العتق لفظ يعاد ويكرر يقتضي انهما اذا اتفقا على انه اعتقه او سيبته لا تقبل ولو اختلفا في الشرط الذي اعتق به العتق فاعتق جعله كلام زيد
والآخر الدخول مثلا لم تجز اذ لا يتمكن القاضي من القضاء لما بين الشرطين ولو اتفقا على انه الدخول مثلا وقال المولى بل كلام فلان فانه يعتق
حين ثبوت الدخول شرطا بالشهادة والكلام بقول المولى ولو شهد احدهما انه اعتقه بجعل والآخر بغير جعل لم تجز لان العتق بجعل يخالف العتق بغير جعل
في الاحكام وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل الا في كيل الجعل سواء ادعى العبد اقل المالين او اكثرهما ولو كان المولى يدعي اقل المالين والعبد ينكر عتق بما اقر به
حرية ولا شيء عليه لاكثر به احد شاهديه وهو الذي يشهد له بالاكثر فان ادعى العتق بالف وخمسمائة قضى عليه بالف لان الشهادة لا تقوم هنا على العتق لان
العبد عتق باقرار المولى فانما تقوم على المال ومن ادعى الفا وخمسمائة وشهد شاهد بالف والآخر بالف وخمسمائة يقضى بالف لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنى
بخلاف الالف والالفين كما سيأتي في الشهادات ان شاء الله تعالى ولو شهد انه اعتقه ان كلم زيدا والآخر ان دخل فاتاهما فعلى عتق لثبوت كل من الشرطين

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه اسقط الفعل وعوض عنه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول فكذا اذا كان في ملكه يوم حلف

بحجة تامة ولو تعارضت بينة العبد والمولى في مقدارها فالبينة بينة المولى لاثباتها الزيادة بخلاف ما لو اقام العبد البينة على انه قال ان اديت الي الفا فانت حر واقام المولى انه انما قال ان اديت الي الفين الى آخره فالعبد حر ولا شيء عليه لانه اثبت بينة تنجيز الحرية فيه ولو اقام العبد بينة انه باعه نفسه بالف واقام المولى انه باعه نفسه بالفين كانت البينة بينة المولى لان العتق تنجز بالقبول فكان اثبات الزيادة في بينة المولى قال في الاصل ولو باعه نفسه بالف فادى من مال المولى كان حرا وللمولى ان يرجع عليه بمثلها قال في المبسوط العتق هنا حصل بالقبول لا باداء المال وانما يتحقق هذا فيما اذا اللقب بلا فارق ان يزول العتق بوجود الشرط وكذا ان كان المؤدى مستحقا او مغصوبا من المولى ثم رد هذا المال على المولى كان مستحقا عليه فيتقاص من الوجه المستحق في الحكم فيكون له ان يرجع عليه بمثله فاذا ابطل شهود المعتق بعد القضاء به لم يبطل العتق لانهما لا يقدران في ابطال الحكم الا في ابطال حق العبد ولكنهما يضمنان قيمته ما لم يفاسخ على المولى اذ قد اقرا بالرجوع انهما اتلفا ماليته على المولى بغير عوض ولو شهدا ثم قامت بينة فيهم بان المولى كان اعتقه قبل ان شهد او انه اعتقه بعد شهادتهما لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لانهم شهدوا بما هو لغو وعتق بقضاء القاضي والمعتق لا يعتق وان شهدوا انه اعتقه قبل شهادتهم لم يرجعوا بما ضمنوا عند ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد يرجعون على المولى بما ضمنوا وهذا بناء على ما بينا ان عندهما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير دعوى فتثبت بشهادة الفريق الثاني حرية العبد من الوقت الذي شهدوا فيه ان لم يكن ثمة مدع لذلك وتبين ان الفريق الاول لم يتلفوا على المولى شيئا بشهادتهم وانه اخذ منهم بغير حق وعنده لا تقبل بلا دعوى لا مدعي لما شهد به الفريق الثاني فان العبد حكم بحريته فلا يمكنه ان يدعي العتق والله تعالى اعلم

باب الحلف بالعتق الحلف بالكسر مصدر حلف سماعي وله مصدر آخر عن حلفا بالاسكان يقال حلف حلفا وحلفا ومن جملة التاء للمرة كقول الفرزدق ۞ على حلفة لا اشتم الدهر مسلما ۞ ولا خارجا من في زور كلام ۞ وقال امرؤ القيس ۞ حلفت لها بالله حلفة فاجر ۞ لناموا فما ان من حديث ولا صال ۞ والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط ولما كان المعلق كالمرتقي في السببية عن المنجز قدمه عليه ولما جرى العرف على ان يوالي التصرف الذي يصح تعليقه بالحلف به كما فعل في الطلاق فلم يعجل الى كتاب الايمان ليكون اضبط للاحكام التصرف الواحد حيث يجتمع في بابه فلا تتفرق احكامه في الابواب وولى العتق بالحلف به اعلم ان تعليق الطلاق بالملك قبل الملك جائز في العتق وروي ذلك عن احمد للفرق بان الشارع متشوف الى العتق دون الطلاق وعندنا الصحيح مسلم وفيما قوله من قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق اي ذلك المملوك الذي اشتراه لما كان عتق غير المملوك يكون بكلام قبل الملك لا ان يكون اضافة الى الملك قرره ليرده اليه بقوله لان التنوين في يومئذ عوض عن الجملة المضاف اليها اذ التقدير يوم اذ دخلت لفظ يوم ظرف المملوك فكان التقدير كل من يكون في ملكي يوم الدخول فهذا في الحقيقة اضافة عتق المملوك يوم الدخول الى يوم الدخول المملوك لا يكون الا بالملك فصار كانه قال ان ملكت مملوكا وقت الدخول فهو حر وهو يصدق بما ملك قبل الدخول وقارن بقاؤه الدخول فكان هذا اضافة العتق للملك الموجود وقت الدخول يعني بخلاف قوله لعبد غيره ان دخلت فانت حر فاشتراه فدخل لا يعتق لانه لم يضف العتق الى الملك لا صريحا ولا معنى وعدل المصنف عن لفظ يوم في قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول ليفيد ان لفظ اليوم مراد به الوقت حتى لو دخل ليلا عتق ما في ملكه لانه اضيف الى فعل لا يمتد والدخول وان كان في اللفظ انما اضيف اليه لفظ اذ المضاف الى الدخول لكن معنى او تقديرا فالامر الا ان المراد باليوم وقت الدخول هو وان كان يمكن على معنى الوقت الذي فيه الدخول لتقييد اليوم به لكن اذا ورد به مطلق الوقت يفسر المعنى وقت الدخول نحن نعلم مثله كثيرا من الاستعمال الفصيح في نحو يومئذ يفرح

ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط تأخر الجزاء الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي في ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لم يعتق وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال العبد الضعيف فائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي فهو حر يدخل الحمل تبعا للام وان قال كل مملوك املكه فهو حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لان قوله املك للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة سين او سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين

المؤمنون فانه لا يلاحظ فيه وقت يغلبون يفرح المؤمنون ولا يوم وقت يغلبون يفرحون ونظائره كثيرة في كتاب الله وغيره نعرف ان لفظ اذ قد يذكر كثيرا للعوض عن الجملة المحذوفة ادعاء وانه المعنى التنوين ولكنه حرفا واحدا كان تحسينا ولم يلاحظ معناها وشكله كثير في اقوال اهل العربية في بعض الالفاظ لا يخفى على من له نظر فيها وكذا لو كان في ملكه عبد حين حلف فبقي في ملكه حتى دخل يعتق لما قلنا وفي بعض النسخ لما بينا اي من ان المعتبر قيام الملك وقت الدخول لا وقت التكلم **قوله** ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق الا اذا دخلت فكل مملوك لي حر لا يعتق من اشتراه او بل الذي كان في ملكه وقت التكلم ووجهه المصنف بقوله لان قوله كل مملوك لي يختص بالحال اي جزاء حرية المملوك في الحال تعليق في الحال بمملوك اي المملوك في الحال حرية بلا جزاء فلما دخل الشرط على تأخرت الى وجود الشرط فيعتق عند الشرط من كان مملوكا عند التكلم ووجه كون كل مملوك لي للحال ان الحقيقة في الوصف من اسم الفاعل والمفعول ان معناه حال التكلم من نسب اليه على وجه قيامه او وقوعه عليه اللام للاختصاص اي الاختصاص من حيث معنى متعلقها اليه اي معنى اشتقاق مملوك فلزم من التركيب اختصاص المتكلم بالمتصف بالمملوكية الحال هي انه يملكه فلزم قيام ملكه في الحال ضرورة اتصافه باثره في الحال ولا ثبت الاثر الا مع مؤثره ويعتق بقول القائل كل مملوك لي حر العبيد ولو مرهونا او ماذونا او مدبرا او مؤجرا والاماء وان لم ينو وكذا امهات اولاده والمدبرون واولادهم ولا يدخل المكاتب فانه ليس بمملوك من كل وجه ولهذا او لو نوى الذكور فقط المصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر من حيث الاستعمال بل يصدق ديانة مع ان طائفة من الاصوليين على ان الذكور يعم النساء حقيقة وضعا ولا يدخل المملوك المشترك ولا الجنين الا ان يعنيهم ولا عبيد عبده التاجر وهو قول ابي يوسف الا ان ينويهم سواء على العبد التاجر دين او لم يكن وقال محمد يعتقون نواهم او لا عليه دين او لا وفي قول ابي حنيفة ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا لو نواهم ولو قال نويت ما يستقبل عتق ما كان في ملكه وما يملكه اذا ملكه لانه قصد تغيير ما دل عليه ظاهر لفظه فلم يعتبر نيته في ابطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لاثبات العتق فيما يستقبل ان التعليل يرشد الى ان عتق ما يملك في هذه النية انما هو في القضاء وفي الذخيرة قال مماليكي كلهم احرار ونوى الرجال دون النساء لم يدين وقال لو الاعيد في بخلاف قوله كل مملوك لي ونوى التخصيص يصدق ديانة انتهى فان قلت ما الفرق وفي الوجهين هو تخصيص العام فالجواب ان كلهم تاكيد للعام قبله وهو مماليكي لانه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز فالبتة والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف كل مملوك لي فان الثابت به اصل العموم فقط فيقبل التخصيص **قوله** ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكر المصنف سواء ولدته لستة اشهر من وقت القول واقل اما اذا ولدته لستة اشهر فلان اللفظ اي لفظ كل مملوك لي للحال على ما بينا من وجهه وفي قيام الحمل حال التكلم احتمال لوجود تمام مدة الحمل بعده فيجوز ان لا يكون قائما عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال ولم يقل لا يعتق بالشك لانه لا شك لان الظاهر ان مدة الحمل لا يكون الا اكثر من ستة اشهر واما اذا ولدته لاقل من ستة اشهر فلان المتيقن لوجوده حال التكلم وان كان قائما لكن لفظ المملوك المطلق انما تنصرف الى المملوك بالاصالة والاستقلال والحمل مملوك تبعا للام كعضو من اعضائها حتى ينتقل بانتقالها ويتغذى بغذائها كما يتغذى العضو ولهذا لا يملك بيعه منفردا بل تبعا للحال والدليل على انه يعتبر في الشرع نفسا مملوكة انه لا يجزي عن الكفارة ولا تجب صدقة فطرة قال الشيخ وفائدة التقييد بالذكورة انه لو قال كل مملوك لم يقيد بذكر يدخل الانثى فيعتق الحمل فيعتق حملها تبعا ولو بان ذكرا لان لفظة مملوك بالذات متعلقة بالملوكية وقيد لتذكير ليس جزء المفهوم قال رحمه الله بيت منهوم مملوكة فيكون مملوك عاما من مملوكة لتانيثه اختصاص اللفظ على التانيث لا لدلالة على عدم التانيث ما ان الاستعمال استمر فيه على الاعمية فوجب اعتباره كذلك **قوله** وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد فيعتق بعد غد من في ملكه الا ان قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك في الصورتين فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي كان في ملكه يوم حلف دون المشترى لفظ بعد غد بالرفع لانه فاعل جاء والظرف ووجهه ان كل مملوك لي قدم انه للحال وكذا لفظ املك للحال حقيقة يقال انا املك كذا فيتبادر منه الحال والتبادر دليل الحقيقة ولذا يستعمل فيه من غير قرينة وفي الاستقبال بالقرينة السين وسوف وغيرهما كالاسناد الى متوقع واقتضائه طلب على ما عرف في النحو وهذا احد المذاهب لاهل العربية وقيل بقلبه عليه مشى في المحيط حيث قال الملك دان

لو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكا آخر
بر مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه
فقط بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر لان اللفظ حقيقة للحال على ما بينا
فلهذا صار هو مدبرا دون الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي
راهنة لا يرى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان
الايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه من حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبار الحالة

ن كان حقيقة في الاستقبال الا انه صار للحال شرعا كما في الشهادة وعرفا يقال املك كذا درهما فكان كالحقيقة في الحال
نالت انه مشترك للحال والاستقبال وهو الذي اورده بعض الشارحين على كلام المصنف ظنا ان مذهب النحاة ليس الا انه مشترك
اهر مذهب سيبويه وتعجب منه جواب ابن هشام وقد عن المصنف ان قول المصنف انه للحال لا يدل على انه للاستقبال ليس حقيقة لان المشترك
قيقة في المعنيين انتهى فترك النظر الى قول المصنف ولذا يستعمل له بغير قرينة وفي الاستقبال بالقرينة وهذا صريح في انه في الاستقبال
باز لانه هو المشروط بالقرينة بل الجواب ما ذكرنا ان الاشتراك ليس مذهب كل النحاة بل المذاهب ثلثة وما اختاره المصنف
مذهب المحققين منهم كابي علي الفارسي وغيره فاستدل عليه بما ذكر المصنف من انه لا يراد الاستقبال الا بالقرينة كما ذكرنا بخلاف الحال
ما اختيار حكيه كما في المحيط عن ابي سليمان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عند ابي حنيفة فكان ينبغي ان يكون الجواب
نده على خلاف المذكور واما تفريعه على الاشتراك فغايته او جهه ان تعين الحال لغلبة الاستعمال عند عدم القرينة اي المعينة
ـ المفهوم من الحقيقيين بخلاف نحو اسافر واتزوج فانه محفوف بقرينة الاستقبال وهي المشاهدة واذا ثبت انه يراد به الحال على
خلاف التخريج كان اخبارا بحرية عبد مملوك في الحال مضافا الى ما بعد الموت فلا يعتق المملوك بعد الحال **قوله** ولو قال كل مملوك
له او كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر ثم مات فالذي كان عنده مدبر مطلق لا يصح بيعه بعد هذا القول والذي اشتراه
س بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى جاز بيعه ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعا من الثلث ان خرجا منه عتق جميع كل منهما وان ضاق منهم
ضرب كل منهما بقيمته فيه وهذا ظاهر المذهب عن الكل وعن ابي يوسف في النوادر انه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه وانما يعتق ما كان
ملكه يوم حلف وكذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر وهذا لان اللفظ حقيقة للحال على ما بينا من ان المضارع للحال وكذا
وصف فلا يعتق به ما سيملك ولهذا صار الكائن في ملكه حال التكلم مدبرا في الحال دون الآخر وبهذا الوجه طعن عيسى بن ابان في جواب المسئلة
وجب المروي عن ابي يوسف وايضا لو لم يرد به الحال فقط فاما ان يراد كل منه ومن المملوك في المستقبل فيلزم اما تعميم المشترك او
استعماله في حقيقته ومجازه ثم يلزم تدبير كل منهما ذاك في الحال والمستحدث عند ملكه لانه صرح في المعنى كل مملوك لي او سأملكه مدبر وكذا ان
يد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت وهو عموم المجاز كما ذهب اليه محمد فيمن قال كل مملوك املكه غدا فهو حر ولا نية له عتق ما اجتمع في
ه غدا ممن كان مملوكا له حال التكلم او ملكه في غد خلافا لابي يوسف فان على قوله لا يتناول الا المملوك في الغد فيلزم تدبير كل منهما تدبيرا
مطلقا على قول محمد كما لو قال كل من كان في ملكي عند الموت مدبر وهو منتف او يراد المستقبل فقط كما لو قال كل مملوك املكه الى ستة اشهر
ي ان اموت او ابدا لزم ان لا يعتق ما كان في ملكه ولا يصير مدبرا وهو منتف فبطلت الاقسام فتعين الاول وهو ان يعتق الكائن في
وقت التكلم فقط ولازمه ما ذكرنا وعرف من هذا ان صور التراكيب ثلثة اقسام ما يتناول الحال فقط اتفاقا وهو كل مملوك املكه او
مملوك لي حر لا نية له فهو على ما كان في ملكه يوم قاله ولا يعتق ما يستقبل ملكه وما يتناول المستقبل لا غير اتفاقا وهو كل مملوك املكه الى
سنة ونحوه وما فيه خلافهما وهو نحو كل مملوك املكه غدا ففي قول محمد يعتق في الغد ما كان في ملكه والمستحدث خلافا
لابي يوسف وقول محمد اقيس بمسئلة يوم بقليل تامل **قوله** ولهما ان هذا اي مجموع التركيب لا لفظ املكه فقط كما في بعض الشروح

ومن حيث انه ايصاء يتناول المدبر تبعه باعتبار الحالة المتربصة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة قولهم استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد حر لما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فان قيل قال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم لكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

ش ايجاب عتق وايصاء لان حاصل التدبير ايجاب العتق مضافا الى ما بعد الموت وهذا هو الايصاء به فوجب ان يعمل بمقتضى كل من الايجاب والايصاء الذين هما معنى التدبير ومقتضى ايجاب عتق ما يملكه وقوعه في الحاصل في الملك حال التكلم ثم هو مضاف الى الموت فكان تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه ومقتضى الوصية بما يملكه دخول ما في الحالة الراهنة اي الحالة لما فيه وهو الزمن الحبس وزمن الحال هو الحابس لما فيه دون ما قبله وما بعده ودخول ما في الحالة المنتظرة ايضا للاتفاق على انه لو اوصى بثلث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية ولو اوصى لولد فلان ولا ولد له فولد له بعد ذلك اولاد دخلوا واستحقوا الموصى به وانما اعتبر في الوصية دخول كل ما في الحالين تحصيلا لغرض الميت من تحصيل الثواب والبر فيصير كانه قال عند الموت كل عبد لي حر فيعتق ما دخل في ملكه قبل ذلك ومن ملكه بعد قوله الصريح بخلاف قوله كل عبد املكه غدا فهو حر ليس فيه الا جهة واحدة هي جهة الايجاب فلا يدخل الا الحاصل في الحال ولما كان هذا لا ينفي استعمال اللفظ في معنييه اعني لفظ الملك وهو ممنوع عندنا اورده المصنف واجاب بان الممتنع الجمع بسبب واحد لا بسببين وانت تعلم ان هذا قول العراقيين غير مرضي في الاصول والا لم يمتنع الجمع مطلقا ولم يتحقق خلاف فيه لان الجمع قط لا يكون الا باعتبارين وبالنظر الى شيئين وهو اكن ان يقال ان لفظه اوجب تقديره لفظا اذ كان وصية وهو ما قدرناه عند موته من قول كل عبد لي حر فيعتق به ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ما ذكرنا من تحقيق مقصود الوصية من الثواب والبر للاصحاب وهذا الموجب لا يحتاج الى تقديم تقديره عند ملك العبد والا كان مدبرا مطلقا فانما يحتاج اليه عند موته من قوله فبلا يتعلق بعبارته عنه ملكا الا الحرية لانا لم نتناول الا الحال ولا المقدرة لتأخر تقديرها الى ما قبل الموت فلا يكون مدبرا مطلقا ولا مقيدا الا نفعا للاشكال **فروع** من تعليق العتق قال لعبده ان بعتك فانت حر فباعه لم يعتق لان نزول العتق المعلق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق الا ان يكون البيع بشرط الخيار فيعتق لان الملك فيه بعد البيع باق لا يزول الا بتسليمه الا ان يكون المشتري يسمه قبل البيع فح يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق كذا في المبسوط وحقيقة الوجه ان يقال وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لانهما معا يتعقبان البيع فلا يثبت العتق في حال زوال الملك كما لا يثبت في حال تقرر زواله ولو قال لعبده ان دخلت فانت حر فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لان اليمين انحلت بالدخول الاول في غير الملك اذ ليس يلزم من انحلال اليمين نزول الجزاء ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافا للشافعي لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله في الطلاق ولو قال ان دخلت هاتين الدارين فانت حر فباعه فدخل احدهما ثم اشتراه فدخل الاخرى عتق لان الشرط لما كان مجموع امرين كان الشرط وجود الملك عند آخرهما وبيناه في الطلاق ولو دخل احدهما قبل البيع والاخرى بعد البيع ثم اشتراه لا يعتق لعدم الملك عند آخرهما وليس يلزم من كون الشرط مجموع امرين اعتراض الشرط فلو قال اذا دخلت فانت حر اذا كلمت فلانا فباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلانا لم يعتق لان شرط العتق ليس الا الكلام غير انه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزائه الذي هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فيصير كانه قال له عند الدخول الكائن في غير ملكه انت حر اذا كلمت فلانا فكان المعلق كالمنجز عند وجود الشرط واليمين لا ينعقد في غير ملكه فكلامه غير موقع ولو قال ان دخلت فانت حر بعد موتي فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لانه علق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائما والتدبير لا يصح الا في الملك مضافا اليه واذا لم يصح التدبير

باب العتق على جعل

ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم وإنما يعتق بقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال إذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فإذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لأنه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما

لم يعتق بموته ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقيه ففعل ما علق عتقه عليه لم يعتق إلا نصفه لأنه إنما ينزل المعلق والمعلق كان عتق النصف والسعي تجري عند أبي حنيفة فيسعى في قيمة نصفه لسيده وعندهما يعتق كله فلا يسعى ولو كان باع النصف الأول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شيء لأن المعلق النصف المبتاع لا المشترى وقد وجد الشرط في غير ملكه ولو جمع بين عبده وما لا يقع فيه العتق من بيت أو حجر أو حمار وقال أحدكما حر وقال هذا أو هذا عتق عبده عند أبي حنيفة وإن لم ينوه وقالا لا يعتق إلا أن ينويه ومثله وأصله مر في الطلاق وروى ابن سماعة عن محمد أنه إذا جمع بين عبده وأسطوانة وقال أحدكما حر عتق عبده لأن كلامه إيجاب الحرية للجزم ولو قال هذا حر أو هذا لم يعتق عبده لأن هذا اللفظ ليس بإيجاب لها كقوله هذا حر أو لا وهذه مسئلة في الشهادة على الشرط قال إن دخلت دار فلان فأنت حر فشهد فلان وامرأته أنه قد دخل عتق لأن الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متهم فصحت شهادته بخلاف ما لو قال إن كلمته فشهد هو وامرأته أنه كلمه لم يعتق لأن فلانا في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق إلا شاهد واحد على الشرط ولو شهد ابنا فلان أنه كلم أباهما فإن جحد الأب جازت شهادتهما لأنها على أبيهما بالكلام وعلى أنفسهما لوجود الشرط وإن ادعاه أبوهما فعند أبي يوسف هي باطلة وعند محمد جائزة لأنه لا منفعة للمشهود به لأبيهما ومحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وأبو يوسف يعتبر مجرد الدعوى والإنكار لأن الشهادة تمحضت لإظهار صدقه فيما ادعى غيره وتقدم مثل هذه في النكاح والله أعلم بالصواب

باب العتق على جعل أخر هذا الباب عن أبواب العتق منجزا ومعلقا كما أخر الخلع في الطلاق لأن المال في هذا الباب من الإسقاط غير أصل بل الأصل عدمه فأخر ما ليس بأصل عما هو أصل والجعل ما يجعل للإنسان على شيء يفعله وكذا الجعلية ويقال الجعالة فضبطها بالكسر في الصحاح وفي غيره من غريب الحديث للمغني وديوان الأدب للفارابي بالفتح فيكون فيه وجهان **قوله** ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم أو على أن لي عليك ألفا أو على ألف تؤديها أو على أن تعطيني ألفا أو على أن تجيئني بألف أو بعتك نفسك بألف أو وهبتها على أن تعوضني ألفا فإنه يعتق إذا قبل وإنما يعتق بمجرد قبوله والولاء للمولى لأنه عتق على ملكه وهو موجب للولاء بعوض وبلا عوض لأنه معاوضة ومن حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع وكما إذا طلقها على مال فقبلت وهذا لأن المولى يثبت ملكه في العوض الكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوض وإلا اجتمع العوضان في ملكه حكما للمعاوضة وصار كالبيع فيشترط القبول في مجلس ذلك إن كان حاضرا وإن كان غائبا اعتبر مجلس علمه فإن قبل عتق ولزمه المال دينا يطالب به بعد الحرية وإن رده أو أعرض إما بالقيام أو باشتغاله بعمل آخر بطل وليس له أن يقبل بعده وإذا صار دينا على حر صحت الكفالة به عليه ما ذكر في الأصل أعتق أمته على مال فولدت ثم ماتت ولم تترك شيئا فليس على الولد من ذلك المال شيء لأنه ليس على الوارث في دين المورث شيء ولو كانت أعطته في حياتها كفيلا بالمال الذي أعتقها عليه جاز لأنها حرة مديونة بخلاف بدل الكتابة لا تصح به الكفالة لأنه دين ثبت مع المنافي للضرورة بالشرع لضرورة حصول العتق للعبد والبدل للمولى فيتقدر بقدره فلا يتعدى إلى الكفيل والمنافي هو الرق فإنه ينبغي أن يكون للمولى على مرقوقه دين ولأن الكفالة إنما تصح بدين صحيح وهو ما لا يخرج المديون عنه إلا بالأداء أو الإبراء ممن له وبدل الكتابة يسقط بدونهما

وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه لأنه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لأنها يسيرة

قال ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذونا وذلك مثل أن يقول إن أديت إلي ألف درهم فأنت حر ومعنى قوله صح أنه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتبا لأنه صريح في تعليق العتق بالأداء وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبينه إن شاء الله تعالى وإنما صار مأذونا لأنه رغبه في الاكتساب بطلبه الأداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان إذنا له دلالة

بأن يعجز نفسه وكما تصح الكتابة به جاز أن يستدل به ما شاء بيدا بيد لأنه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز أن يستبدل به كالأثمان ولا خير فيه نسيئة لأن الدين بالدين حرام **قوله** وإطلاق لفظ المال أي في قوله على مال ينتظم أنواعه من النقد والمكيل والموزون والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه بعد كونه معلوم الجنس كما إذا تعين حنطة وإن لم يقل جيدة أو وسطية وكفرس أو حمار وعبد لأن الجهالة يسيرة فتتحمل لأنه معاوضة مال بغير المال فشابه النكاح ودل على كونه معاوضة مال بما ليس بمال بأن العبد لا يملك نفسه الحاصل له في مقابلة المال ليس إلا أن نفسه بالنسبة إليه ليس بمال لأنه يبقى على أصل الحرية بالنسبة إلى نفسه حتى صح إقراره بالحد والقصاص وإن ما خرجه إلى الحرية وكذا الخلع والصلح عن دم العمد صريحا فيغتفر ذلك كما تقدم ونزيد أبو يوسف في تسمية الحيوان والثوب بعد بيان جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروي ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما في المتمول وأبو يوسف يالك وأحمد ولم يلزم غيره بأن قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه ولو أدى إليه العبد أو العرض فاستحق إن كان بعينه في العقد فعليه مثله وقد علمت أن القيمة في مثله مخلص من إن كان معينا بأن قال أعتقتك على هذا العبد أو الثوب أو عتقك نفسك بهذه الجارية فقبل وعتق وسلمه فاستحق يرجع على العبد بقيمة نفسه عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يرجع بقيمة المستحق وعلى هذا الخلاف وإن هلك قبل التسليم وإذا كان الحكم أنه لو اشترى شيئا بعبد الغير صح البيع فكذا هنا إلا أن في البيع إذا لم يجز مالك العبد يفسخ العقد وهنا يمضي بعد نزول العتق بالقبول ولو اختلفا في المال جنسه أو مقداره بأن قال المولى أعتقتك على عبد وقال العبد على كر حنطة أو على ألف وقال العبد على خمسمائة فالقول للعبد مع يمينه وكذا لو أنكر أصل المال كان القول له لأنه عتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول في بيانه قوله والبينة بينة المولى إما لإثبات الزيادة أو لأنه يثبت حق نفسه ببينته ولو كان هذا الاختلاف في مسئلة التعليق بالأداء وهي التي تلي هذه المسئلة أعني قوله إن أديت إلي ألفا فأنت حر فالقول قول المولى مع يمينه لأن التعليق بالشرط تمره فالقول قوله في بيانه بخلاف ما قبلها فإن العبد عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما في الدين الواجب عليه أما هنا فلا يعتق إلا بالأداء وأما الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق فكان القول للمولى فإن أقاما البينة فالبينة بينة العبد إذ لا منافاة بين البينتين لأنه يجعل كأن الأمرين كانا فأي الشرطين أتى به العبد عتق ولأن البينتين للإلزام وفي بينة العبد معنى الإلزام ثم إنما إذا قبلت عتق العبد وإثبات ليس في بينة المولى إلزام إنما إذا قبلت لا يلزم العبد أداء المال بكذا فاعرف هاتين المسئلتين ولو قال المولى أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل فقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لأنه أقر بتعليق العتق بقبوله المال وهو تصرف المولى ولهذا يتوقف بعد المجلس إذا كان العبد غائبا ثم العبد يدعي وجود الشرط بقبوله وزوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول قوله كما لو قال له قلت لك أمس إنت حر إن شئت فلم تشأ وقال العبد بل قد شئت فالقول قول المولى بخلاف قول الغير وبعتك هذا الثوب أمس بألف فلم تقبل وقال الآخر بل قبلت فالقول للمشتري لأن القائل أقر بالبيع ولا يتحقق البيع إلا بقبول المشتري فهو في قوله لم تقبل راجع عما أقر به **قوله** ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذونا وذلك مثل أن يقول إن أديت إلي ألفا فأنت حر ومعنى صح أي التعليق فيستعقب مقتضاه وهو أنه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتبا لأنه صريح في تعليق العتق بالأداء وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين في خلافية زفر والكتابة ليست صريحا في التعليق بل صريحة في عقد المعاوضة وصار العبد مأذونا ضرورة الحكم الشرعي بصحة هذا

وان احضر المال اجبر الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض

التعليق واستعقابه اثاره من العتق عند الاداء وذلك يقتضي ان يمكن شرعا من الاكتساب ولانه رغبه في الاكتساب حيث علق عتقه باداء المال ويستلزم طلب المولى المال منه فيلزم ان يجعله ماذونا لان الموضوع للاكتساب في العادة وخصوصا عادة المتقنين لصنعة انهم موالي العبيد هو التجارة لا التكدي لانه خسة يلحق المولى عارها لكنه لو اكتسب منه فادى عتق لوجود الشرط **قوله** واذا احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق من ثمن المبيع وبدل الاجارة وغيرها ان ينزل قابضا بالتخلية بينه وبينه بان يكون بحيث لو مد يده اخذه وعلى هذا فمعنى نسبة الاجبار للحاكم ان يحكم بانه قد قبض هذا اذا كان العوض صحيحا اما لو كان خمرا او مجهولا جهالة فاحشة كما لو قال له ان اديت الي كذا خمرا او ثوبا فانت حر فادى ذلك لا يجبر على قبوله اي لا ينزل قابضا الا ان اخذه مختارا واما عدم العتق في قوله ان اديت الي الفا فحججت بها فانت حر لا يجبر على القبول لان التعليق بشيئين المال والحج فلا يعتق بمجرد المال لبطلان معنى المعاوضة وكذا ان كان قال ان اديت الي الفا احج بها يجبر على القبول لان الاداء تمام الشرط والحج مشورة وقال زفر لا يجبر على القبول اي لا ينزل قابضا بالتخلية بل ان اخذه كان قابضا وعتق العبد **وقوله** وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف صحته على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ واذا كان يمينا فلا اجبار على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل الشرط بل بالشرط ولا يجبر على ان يباشر الانسان سببا يوجب عليه شيئا بخلاف الكتابة لانه عقد معاوضة لانه منه والبدل فيها واجب على العبد فيجبر على قبضه اذا اتى به اما هنا البدل ليس واجبا على العبد فلا يلزم المولى قبوله واعلم ان الكتابة قد تثبت بصيغة الشرط اذا انضم اليه ما يقتضيها كقوله ان اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فانه يصير مكاتبا لا يجوز بيعه كذا ذكره في الدراية مقتصرا ونسبه الى الخزانة والمسئلة في مبسوط شمس الائمة وذكر ان هذا هو المذكور في نسخ ابي سليمان وفي نسخ ابي حفص لا تكون مكاتبة وله بيعها لانه تعليق بشرط وهو ان يؤدي المال عشر مرات والتعليق بشرط واحد وشروط سواء ووجه رواية ابي سليمان انه جعله منجما والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة للمعاني لا للالفاظ واستشهد لابي حفص بما لو قال ان اديت الي الفا في هذا الشهر فلم يؤده فيه واداه في غيره لا يعتق اتفاقا واجيب بان ليس في هذا تنجيم والمسئلة تحتمل التامل **قوله** ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة بالنظر الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال لينال العبد شرف الحرية من جهة السيد وينال السيد المال عوضا عنه وهذا معنى معاوضة وقد فرض صحة هذا التصرف لتحقيق هذا الغرض شرعا فلا بد من اعتباره معاوضة ولذا كان عوضا في الطلاق اذا قال ان اديت الي الفا فانت طالق حتى وقع بائنا لكن لما لم يكن المال لازما على العبد تاخر هذا الاعتبار الى وقت ادائه اياه ويلزم اعتباره مكاتبا لان ما بالضرورة يتقدر بقدرها فيثبت ملكه كذلك قبيله ويلزم قبوله على السيد وبه يندفع الايراد والتامل فيه كيف تصح المعاوضة وكل من البدل والمبدل للمولى لان على ما ذكر يكون المال للعبد لا للمولى وقد اجيب بان هذه مغالطة لان العتق حصل للعبد وهذا تم ان اريد بالمبدل العتق اما ان اريد به الاعتاق الذي هو فعله فلا ولو حول تقرير الاشكال الى ان المال ملك السيد فكيف يعتق بادائه وان انزل مكاتبا كما ان المكاتب لا يعتق باداء ما كان اكتسبه قبل الكتابة لم يقع هذا الجواب دافعا بخلاف ذلك الجواب فانه يدفع الاشكال كيف ما قرر واما ما قبل الاداء فالواجب اعتبار الشرط والا لتضرر السيد لو

ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي

يمتنع بيعه عليه ويصير العبد احق بكاسبه من سيده مع انه لم يجب عليه اداء مال وتسري الحرية الى المولود للامة المعلق عتقها بالاداء بخلاف ما لو كان عبدا لان رق الولد وحريته تابعة لامه والحاصل انه ثبت لهما جهتا التعليق والمعاوضة فوجب توفير مقتضى كل عليه وعلى هذا يدور الفقه اي على ترتيب مقتضى كل شبه عليه وتخرج المسائل المختلفة التي بعضها يقتضي اعتباره تعليقا وبعضها يقتضي اعتباره معاوضة الا انه لما تاخر اعتبار المعاوضة الى وقت الاداء كانت احكام الشرط اكثر من احكام المعاوضة فلم يثبت من احكامها الا ما هو بعد الاداء وهو ما اذا وجد السيد بعض المؤدى زيوفا فان له ان يرجع بقدره جيادا وما كان من ضروريات المعاوضة وهو تقديم ملك العبد لما اداه وانزاله قابضا اذا اتاه به وفيما قبل ذلك المعتبر جهة التعليق فكثرت المخالفة بالنسبة الى المعاوضة فلهذا خالفت المعاوضة التي هي الكتابة في صور كثيرة الاولى ما اذا مات العبد قبل الاداء وترك مالا فهو للمولى فلا يؤدى منه عنه ويعتق بخلاف الكتابة الثانية لو مات المولى وفي يد العبد كسب كان لورثة المولى ويباع العبد بخلاف الكتابة الثالثة لو كانت امة فولدت ثم ادت فعتقت لم يعتق ولدها لانه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة الرابعة لو قال العبد للمولى حط عني مائة فحط المولى عنه وادى تسعمائة لا يعتق بخلاف الكتابة الخامسة لو ابرأ المولى العبد عن الالف لم يعتق ولو ابرأ المكاتب عتق كذا ذكروا والظاهر انه لا موقع لها اذ الفرق بين تحقق الابراء في الموضعين يكون والابراء لا يتصور في هذه المسئلة لانه لا دين على العبد بخلاف الكتابة السادسة لو باع المولى العبد ثم اشتراه او رد عليه بخيار عيب فعلى وجوب قبول ما ياتي به خلاف عند ابي يوسف نعم وعند محمد لا ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فانه لا خلاف في انه يجب ان يقبله ويعتق ايضا ووجه قول محمد ان وجوب القبول انما كان من حكم الكتابة وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول غير انه لو قبل عتق بحكم التعليق وهو لا يبطل بالخروج عن الملك لما عرف في الايمان بالطلاق وقول ابي يوسف عندي اوجه لان الكتابة التي تبطل بالبيع هي القائمة عند وانت علمت ان انزاله مكاتبا انما هو في الانتهاء وهو ما عند ادائه فلا ينزل مكاتبا قبله بل الثابت قبله ليس الا احكام التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة ح معتبرة شرعا لتبطل وقد فرض بقاء هذه اليمين واعتبار صحتها بعد البيع فيجب ثبوت احكامها ومنها وجوب القبول اذا اتى بالمال السابعة انه يقتصر على المجلس ولا يعتق ما لم يؤد في ذلك المجلس فلو اختلف بان اعرض او اخذ في عمل آخر فادى لا يعتق بخلاف الكتابة هذا اذا كان المذكور من ادوات الشرط لفظة ان فان كان لفظة متى او اذا فلا يقتصر على المجلس الثامنة انه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك قبل ان يؤدي بخلاف المكاتب التاسعة ان للسيد ان ياخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل ان ياتيه بما يؤديه بخلاف المكاتب العاشرة انه اذا ادى وعتق وفضل عنده مال مما اكتسبه كان للسيد فياخذه بخلاف المكاتب الحادية عشر لو اكتسب العبد مالا قبل تعليق السيد فاداه بعده اليه عتق وان كان السيد يرجع بمثله على ما سيذكر بخلاف الكتابة لا يعتق بادائه لانه ملك المولى الا ان يكون كاتبه على نفسه وماله فانه ح يصير احق من سيده فاذا ادى منه عتق **قوله** ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لم يعتق لان شرط العتق اداء الكل ولم يوجد كما لو حط عنه البعض وادى الباقي فانه لا يعتق كما ذكرنا في المسائل لعدم الشرط وانما يجبر على قبوله لانه بعض ما يجب عليه قبوله فكما يجب قبول الكل يجب قبول بعضه ولا تنافي في ورود منع هذه الملازمة وذلك لان وجوب قبول الكل لان به تحقيق شرط العتق الذي

ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع المولى عليه لانه ماذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء فى قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفى قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتى على الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا على الف درهم

هو حق العبد وليس اداء البعض كذلك الا اذا كان فى ضمن الكل فانه يجب قبوله باعتبار انه محقق الكل لا باعتبار انه بعضه فلذا كان فى هذه المسئلة خلاف وما ذكره المص هو المذكور فى الايضاح وذكر شيخ الاسلام انه لا يجب قبوله كما ذكرناه وذكر فى شرح الطحاوى ان عدم وجوب قبول قول ابى يوسف رحمه الله وانه القياس والاستحسان هو انه يجبر على القبول كالمكاتب والاوجه هو وجه الاستحسان ان وجوب قبول البعض لدفع الضرر عن العبد لانه قد يعجز عن اداء الكل دفعة وما تحمل مشقة الاكتساب الا لذلك الغرض فلو ونفقنا على تحصيل الكل ذهب تحمله كد سعيه خاليا عن غرضه وما تقدم يعلم انه السيد لو حفظه منه قبل ان ياتيه به جاز ولا يحتسب له به من اداء المشروط

قوله ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق يعتق ويرجع المولى عليه بمثلها اما العتق فلوجود الشرط وهو اداء الالف حتى لو كانت الفا مغصوبة الا انه لا يجب عليه قبول المغصوبة واما رجوع المولى بمثلها فلاستحقاقه اياها وهو المراد بقول المص لاستحقاقها اضافة للمصدر الى المفعول وهو تعليل للرجوع وهذا لانها ملكه والعبد وان قلنا انه يملك ما اكتسبه عند الاداء ويصير عنده كالمكاتب لكن ذلك فيما اكتسبه بعد التعليق نظرا الى الغرض وهو ان ينتفع باداء الف يحدث حصولها له فيملك ما لم يكن مالكه وتلك الالف ليست كذلك فيرجع بمثلها دفعا للضرر عن المولى قوله ثم الاداء فى قوله ان اديت يقتصر على المجلس فلو اختلف المجلس بان قام العبد او اعرض او اخذ فى عمل آخر ثم ادى لا يعتق وهذا لانه تخيير محض اذ ليس فى كلامه ما يدل على الوقت لان ان للشرط فقط بخلاف اذا ومتى لدلالتهما عليه لا يتوقف ففى اى وقت ادى عتق وعن ابى يوسف رحمه الله ان ان بمنزلة اذا ومتى وقد يوجه بان ان لما لم تدل على الوقت صار المعلق به الاداء فى مطلق الوقت فيتخير فيه كالامر المطلق عن الوقت يتخير فى اى وقت شاء ويجاب بانه لما لم يدل على الوقت فانما يثبت مقتضى للفعل ووقت مجلس الايجاب حاضر متيقن فيتقيد به ولا يخفى ان معنى كونه ضرورة الفعل ان تحقيق الفعل بدونه فلا يمكن فلا يثبت مدلولا اصلا فانما يثبت للفعل وقت وجوده اى وقت وجد لا يقال بالاداء يختلف المجلس فلا يتصور العتق بالاداء لانا نقول يجب ان يستثنى مقدار الحنث كما يستثنى مقدار البر فى حلفه لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه حتى لم يحنث بقدر شغله بنزعه فلا يتبدل المجلس بالاداء فرع قال ان اديتما الى الفا فانتما حران فادى احدهما حصته لم يعتق لان شرط العتق اداؤهما جميع المال وجملة الشرط تقابل جملة المشروط من غير انقسام الاجزاء على الاجزاء وانما الانقسام فى المعاوضات وكذا لو ادى احدهما جميع الالف من عنده لم يعتق لان الشرط اداؤهما فلا يتم باحدهما فان قال المؤدى خمسمائة من عندى وخمسمائة بعث بها صاحبى لاؤديها اليك عتقا لان اداء الرسول كاداء المرسل فتم الشرط وهو اداؤهما ولو ادى عنهما اجنبى لا يعتقان لانه ليس اداؤهما ولا ينتقل اليهما بخلاف الكتابة وللمؤدى ان يرجع على المولى لانه ادى ليعتقا ولم يحصل مقصوده فان قال اؤديها اليك على انهما حران او على ان يعتقهما فقبل على ذلك عتقا ويرجع المؤدى بالمال على السيد اما العتق فلان قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الاعتاق منه لهما واما حق الرجوع فلان عوض العتق لا يجب على الاجنبى ولو قال هما امرانى ان اؤديها اليك فقبل عتقا لانه رسول عنهما

قوله ومن قال انت حر بعد موتى على الف فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف فان القبول محله الغد وهذا لان جواب الايجاب فى عقد المعاوضة وهو القبول انما يعتبر فى مجلسه ومجلسه وقت وجوده والاضافة

يحققه

بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لا يعتق عليه في مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهكذا

توخره بوجوده الى وجود المضاف اليه وهنا ما بعد الموت ولو امكن اضافة في البيع ونحوه وجب فيه ايضا كون قبول البيع متاخرا الى وقت وجود المضاف فيكون محل القبول ذلك بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لانه ايجاب للتدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق في المدبر ولا يستوجب المولى على عبده دينا صحيحا واذا اعتق بعد الموت لا يلزمه شئ لانه لما لم يجب عليه عند القبول لم يجب عليه بعده وعلى هذا لا فائدة في تعليقه بالقبول الا ليظهر اعتبار التدبير من العبد كما لو قال ان اخترت التدبير فانت مدبر وصار كما اذا علق تدبيره بدخول الدار واورد ان قوله انت مدبر على الف هو معنى انت حر بعد موتي على الف فينبغي ان يشترط في مسئلة الكتاب القبول في الحال اجيب بان مسئلة الكتاب تصرف يمين من السيد حتى لا يمكن من الرجوع وفي الايمان يعتبر اللفظ وليس في قوله انت مدبر على الف اضافة لفظا فيكون يمينا فلا يشترط القبول بعده وفي النهاية انما افترق وقت القبول فاعتبر في الحال في انت مدبر على الف لانه قابل للاول في التدبير حق الحرية وحق الحرية متحقق قبل الموت واعتبر بعد الموت في انت حر بعد موتي على الف لانه قابلها بحقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر القبول بعد الموت ولا يخفى ان التدبير ليس معناه الا الاعتاق المضاف الى ما بعد الموت وذلك هو الثابت في كل من قوله انت مدبر وانت حر بعد موتي بلا فرق بل المعنى واحد دل عليه بلفظ مفرد ومركب كلفظ الحد والمحدود من نحو انسان وحيوان ناطق ثم ثبوت حق الحرية فرعا عن صحة تلك الاضافة التي هي التدبير لا ان حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء فلم يتحقق الفرق واعلم انه روى عن ابي حنيفة في نوادر بشر بن الوليد اذا قال انت مدبر على الف ليس له القبول الساعة وله ان يبيعه فاذا مات المولى وهو في ملكه فقال قبلت اداء الالف عتق فعلى هذا استوت المسئلتان في ان القبول بعد الموت وروى عن ابي يوسف فيهما ان لم يقبل حين قال له ذلك فليس له ان يقبل بعده وان قبل كان مدبرا وعليه الالف اذا مات السيد وعن ابي يوسف في الاملاء اذا قال اذا مت فانت حر على الف درهم القبول في حالة الحيوة لا الوفاة فاذا قبل صح التدبير فاذا مات عتق ولا يلزمه المال لانه لا يلزمه وقت القبول لانه لا يعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق فسوى بين المسئلتين في ان القبول حالة الحيوة الا انه اختلف كلامه فيهما في لزوم المال ذكر السرخسي عن ابن سماعة عن محمد ولو قال انت مدبر على الف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال ومعلوم انه ذكر في الجامع في مسئلة انت حر بعد موتي على الف ان القبول بعد الموت فقد سوى بينهما في هذه الرواية في ان القبول بعد الموت كما سوى ابو حنيفة فيما ذكرنا عنه كذلك وح فما قيل انهم اجمعوا انه لو قال انت حر على الف بعد موتي فالقبول بعد الوفاة لا يصح اذ يجب ان يجعل قول ابي يوسف في قوله اذا مت فانت حر على الف ان يقول في حالة الحيوة رواية في انت حر بعد موتي على الف ان القبول في حالة الحيوة بل اولى لان هناك الايجاب معلق صريحا بالموت ومع ذلك يجعل القبول في الحال وهنا هو بالموت مضاف ثم لا يخفى ان الاعدل هو لزوم المال على ما ذكره عن ابي يوسف ومحمد لان الظاهر من تعليقه بخصوص هذا الشرط ليس الا حصول المال عوضا عن العتق والا لقال ان اخترت التدبير فانت مدبر وهذا لان المولى ما رضي بعتقه الا ببدل وتعليقه بقبول المال ظاهر في ذلك ولا مانع شرعي منه اذ المولى يستحق على عبده المال اذا كان بسبب العتق كما في المكاتب واذا لم يستحق عليه بسبب غيره وعلى ان المروي عن ابي يوسف ومحمد في المسئلة انما هو استحقاق المال بعد موت السيد وح يكون حرا فالحاصل تاخر وجوب المال الى من حريته فلا يلزم ما ذكر من ثبوت الدين للسيد على عبده والله الموفق والموقع

قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد عتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمته خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية اخرى وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة وتوجيه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها

العتق عند القبول فقال المعروف عن المشائخ لا يعتق ما لم يعتقه الورثة وزاد غيره او الوصي او القاضي ان امتنعوا الا ان الوارث يملك عتقه تنجيزا وتعليقا والوصي لا يملك الا التنجيز فلو قال ان دخلت الدار فانت حر فدخل لا يعتق واذا اعتقه الوارث فولاؤه للميت لان عتقه يقع له ولذا لو اعتقه الوارث عن كفارة عليه لا يعتق وعلله بان الميت ليس اهلا للاعتاق قال وهذا صحيح وكذا قال غيره واعترض بان الاهلية ليست بشرط الا عند الاضافة والتعليق ولذا لو جن بعد التعليق ثم وجد الشرط وقع الطلاق المعلق والعتاق ولذا يعتق المدبر بعد الموت وليس التدبير الا تعليق العتق بالموت واجيب بالفرق بين هذه المسئلة وتلك المسائل بان هناك الموجود بطلان اهلية المعلق فقط وهنا الثابت هذا وزيادة في المحل وهو خروج عن ملك المعلق الى ملك الورثة فلم يوجد الشرط الا وهو في ملك غيره ولا يخفى ان هذا ليس دفعا للسوال وهو ان ما علل به من فوات اهلية المعلق لا اثر له وما ذكر من خروج المحل عن محلية عتقه ان اراد المجيب انه جزء المانع فليس بصحيح للعلم بان انتفاء اهلية المعلق ليس له اثر في عدم الوقوع عند الشرط فصار الحاصل من الايراد انه علل بما لا اثر له فاجاب المجيب بابداء علة اخرى او مانع وقد قال هذا جواب هذا السوال فالصواب في الجواب ان يتم حيث علل بان الميت ليس اهلا للاعتاق لم يبين ان عدم اهليته لذلك بسبب الموت او غيره ومبنى السوال على فهم انه الموت ويمكن كون مراده انه ليس اهلا لاعتاقه لخروجه عن ملكه الى ملك الورثة فصار اجنبيا عنه وانما لزم خروجه الى ملكهم لانه لا يعتق بمجرد الموت كالمدبر بل بعد القبول الكائن بعد الموت واذا تاخر العتق عن الموت ولو بساعة لا يعتق الا بعتق الورثة وصار كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق الا بعتقهم وبهذا يندفع ما اورده شارح فقال ينبغي ان يعتق حكما لكلام صدر من الاهل في المحل وان كان الميت ليس اهلا للاعتاق لما قلنا ان الكلام صدر في حال الاهلية ثم استدل على ذلك بان القبول بعد الموت معتبر فهو فرع كون الايجاب معتبرا بعد الموت فلو لم يعتق بعد الموت الا باعتاق واحد من الورثة لم يبق معتبرا بعد الموت فلا يبقى فائدة لقوله فالقبول بعد الموت ولا يخفى ان بعد كون الكلام حين صدوره معتبرا يشترط ان يكون في ملكه عند نزول العتق ثم نفي الفائدة ممنوع فان بالقبول يثبت لزوم العتق على الوارث فان لم يفعل اعتقه القاضي ولم يكن يلزمه قبل القبول ذلك بل يباع ويورث فكيف يقال لا فائدة له نعم يقال اذا كان العتق لابد منه فما السبب الى نقله الى ملكهم ثم امرهم بالاعتاق ان كان السبب انه لا سائبة فلو بقي في ساعة القبول بلا ملكهم لزم السائبة فلو لم يبق على ملك الميت ويجعل مشغولا من حوائجه وهو نفاذ ايجابه وصحته ولهذا كان قبوله معتبرا فلا مانع من ان يبقى على حكم ملك الميت مقدار مجلس العلم بموته لان القبول لا يعتبر بعده بل يتقيد به وما تقدم من نوادر بشر من قول ابي حنيفة فاذا مات المولى وقال قبلت وادى الالف عتق ظاهر في عدم تاخر عتقه الى عتق الوارث كما استدل بذلك الشارح ايضا مع ان في المسئلة خلافا كما يفيده قول الصدر الشهيد حيث قال ومن المتاخرين من قال ينبغي ان لا يعتق ما لم يعتقه الورثة لان الاعتاق من الميت لا يتصور ثم قال وهذا اصح فانه يفيد ثبوت الخلاف ثم نقول العتق ما وقع الا من الحي لان العتق بقوله انت حر المعلق او المضاف الصادر منه حال حياته وان كان نزول اثره بعد موته الا انه يبقى عليه اشكال هو لزوم ان يبقى على ملكه سنة شهرا فيما اذا قال انت حر بعد موتي بشهر اعتبارا لحاجته الى نفاذ ايجابه واعتباره وطول المدة وقصرها لا اثر له فان المدبر حاجته الى ما ذكر وهي متحققة فيها وسياتي لبعضهم فرق في الباب بعده **قوله** ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين مثلا او اقل او اكثر فقبل العبد فعتق ثم مات المولى

ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم عليّ على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم عليّ ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المامور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم عليّ ففعل حيث يجب الالف على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل

من ساعته فعليه اي على العبد قيمته عند ابي حنيفة في قوله الآخر وهو قول ابي يوسف في قوله الاول وهو قول محمد عليه قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة وهي معلومة اذ هي خدمة البيت المعتادة في مدة معلومة عوضا فتعلق العتق بقبوله كما في غيره من المعاوضات لانه يصلح عوضا لان المنفعة اخذت حكم المال بالعقد ولذا صحت مهرا مع انه تم امر باعتبار النكاح بالمال ثم اذا مات العبد او المولى قبل حصول ما عقد عليه تحقق الخلاف المذكور وهو بناء على الخلاف في مسئلة اخرى وهي ما اذا باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت او هلكت قبل تسليمها يرجع عليه بقيمة نفسه عندهما وعند محمد بقيمة الجارية وكذا لو ردت بعيب فاحش فهو على هذا الخلاف وان كان غير فاحش فكذا عندهما وعند محمد لا يقدر على ردها بالعيب اليسير ووجه البناء ظاهر وان ذكره في الكتاب ولا يخفى ان بناء هذه على تلك ليس باولى من عكسه بل الخلاف فيهما معا ابتدائي ولم يقل احد انه ترجع الورثة في موت المولى بعين الخدمة قيل لان الناس يتفاوتون في الاستخدام وقيل بل الخدمة هي المعتادة من خدمة البيت لان الخدمة منفعة وهي لا تورث وجه قول محمد وهو قول الشافعي وزفر ان الجارية او الخدمة جعلت بدلا عما ليس بمال وهو العتق وقد حصل العجز عن تسليم البدل ولا يمكن الفسخ اذ العتق لا يقبل الفسخ فتجب قيمته او مثله لو كان مثليا وصار كما اذا تزوج على جارية او خالع عليها او صالح عن دم عمد ثم استحقت او هلكت حيث يرجع بقيمة البدل اتفاقا وجه قولهما انه بدل ما هو مال في حق العبد وان كان لا يملك نفسه كما اذا اشترى عبدا آخر بجارية لا يملكه وهو معاوضة مال بمال لان العبد مال بالنسبة الى السيد حيث اخرج مالا في مقابلة ما خرج عن ملكه نعم هنا ملاحظة اخرى وهي باعتبار ما اخذ في مقابلة ما به خرج المال عن ملكه وهو تلفظه بالاعتاق وهذا الاعتبار لا ينفي الامر الثابت في نفس الامر وهو خروج مال من ملكه بذلك العوض فصار كما اذا باع عبدا بجارية ثم استحقت انما يرجع بقيمة العبد بخلاف ما قيس عليه لانه مبادلة مال بما ليس بمال ولهذا لو شهدوا باسقاط القصاص وابطال ملك النكاح ثم رجعوا لا يضمنون الدية وقيمة البضع ولو شهدوا بالاعتاق ورجعوا ضمنوا ولو خدمه سنة مثلا ثم مات احدهما اخذ بقيمة خدمته ثلاث سنين عند محمد وعندهما بالقيمة ثلاثة ارباع رقبته وعلى هذه النسبة فرع على هذا لو اعتق ذمي عبده على خمر او خنزير يعتق بالقبول فان اسلم احدهما قبل قبضه فعندهما على العبد قيمة نفسه وعند محمد قيمة الخمر هذا في المعاوضة اما لو كان قال ان خدمتني اربع سنين او ستة مثلا فخدمه بعضها ثم مات احدهما لا يعتق لعدم الشرط ويباع ان كان الميت المولى وكذا لو اعطاه مالا عوضا عن خدمته او ابرأه المولى منها او ليعتقها على ما تقدم وكذا لو قال ان خدمتني واولادي فمات بعضهم قبل استيفاء المدة يتعذر العتق **قوله** ومن قال لآخر اعتق جاريتك على الف درهم على ان تزوجنيها وفي بعض النسخ زيادة لفظ عليّ قبل على ان تزوجنيها وليس في عامة النسخ وهي ادل منه على ايجاب المال على المتكلم وان كان كذلك مع تركها ايضا فاذا اعتق فاما ان تتزوجه او لا تتزوجه لانها ملكت نفسها بالعتق فان لم تتزوجه لا يجب على الآمر شيء اصلا لان حاصل كلام الآمر امر المخاطب باعتاق امته وتزويجها منه على عوض الف مشروطة عليه عوضا عن مهرها فلما لم تتزوجه بطلت عنه حصة المهر منها واما حصة العتق فباطلة اذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الاجنبي بخلاف الخلع لان الاجنبي فيه كالمرأة لم يحصل لها ملك ما لم تكن تملكه بخلاف العتق فانه يثبت للعبد فيه قوة حكمية هي ملك البيع والشراء والاجارة والتزويج وغير ذلك من الشهادات والقضاء فلا يجب العوض الا على من حصل له المعوض فان تزوجته قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب قيمتها سقط عنه وما اصاب مهرها وجب لها عليه فان استويا بان كان قيمتها مائة او كان قيمتها الفا ومهرها مائة او الفا سقط عنه خمسمائة ووجب لها خمسمائة عليه وان تفاوتا بان كان قيمتها مائتين او الفين ومهرها مائة او الفا سقط ستمائة وستة وستون وثلثان ووجب لها ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وقوله وقد قررناه من قبل يعني ما ذكر في خلع الاب ابنته الصغيرة حيث

ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم على ان تزوجنيها والمسألة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهي الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرها في الوجهين

باب التدبير

اذا قال المولى مملوك

قال لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح لكنه لم يذكر ان اشتراط بدل العتق على الاجنبي غير صحيح **قوله** ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم على ان تزوجنيها وهو معنى قوله والمسألة بحالها فتفعل اي اعتق قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها على ما بيناه فما اصاب قيمتها اداه للمامور وما اصاب المهر سقط عنه يعني ان لم تكن زوجت نفسها منه وان زوجت نفسها منه وجب لها عليه وانما وجب للمامور حصة قيمتها هنا لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف في الاصول والفروع لكنه ضم الى رقبتها تزويجها وقابل المجموع بعوض الف فانقسمت عليهما بالحصة وكان هذا كمن جمع بين عبده ومدبره في البيع بالف حيث يصح البيع وينقسم قيمتهما فما اصاب قيمة المدبر سقط وما اصاب قيمة العبد وجب ثمنا بناء على دخول المدبر في البيع لكونه مالا ثم خروجه باستحقاقه نفسه ومنافع البضع وان لم تكن مالا لكن اخذت حكم المال لانها متقومة حال الدخول وايراد العقد عليها فان قيل اذا لم يتحقق فساد هذا البيع من جهة جمع ما ليس بمال الى ما هو مال في صفقة واحدة ينبغي ان يفسد لانه ادخال صفقة في صفقة واذا فسد وجب ان لا يقع العتق لانه من جهة الآمر لم يقبضها والمبيع في البيع الفاسد لا يملك الا بالقبض فلا عتق فيما لم يملك واما وجوب كل القيمة للمامور ان اعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وان ضعفت فيكتفى به لان القيمة حيث وجبت بالقبض في البيع الفاسد وجبت كلها اجيب بانه بيع صحيح النكاح وقع مندرجا في البيع ضمنا له فلا يراعى من حيث هو مستقلا ولا يفسده ولا يخفى انه يمكن ادعاؤه في كل صفقة في صفقة فلا يتصور كونه من المفسدات وقول المص لم يذكره يعني محمدا في الجامع الصغير وقوله في الوجه الاول يعني الذي لم يذكر فيه لفظ عني والوجه الثاني هو ما ذكر فيه وقوله في الوجهين يعني ما ذكر فيه عني وما لم يذكر اذا زوجت نفسها وقد بيناه

باب التدبير لما فرغ من بيان العتق الواقع في حال الحيوة شرع في بيان العتق الواقع بعد الموت ووجه الترتيب ظاهر وهذا احسن مما قيل فيه انه مقيد والمقيد مركب وهو بعد المفرد لان مسائل باب الحلف بالعتق كله كذلك فانها تقييد للعتق بشرط غير الموت كما ان التدبير تقييد بشرط الموت ولم يوخر ما الى ههنا ثم التدبير لغة النظر في عواقب الامور وشرعا العتق الموقع بعد الموت في المملوك معلقا بالموت مطلقا لفظا او معنى وشرطه الملك فلا يصح تدبير المكاتب لانتفاء حقيقة الملك عنه فانه مالك يدا ولا معنى في التحقيق لقولهم مالك يدا بل الواجب ان يقال ملكه متزلزل اذ لا شك في انه مالك شرعا لكنه بعرض ان يزول بتعجيزه نفسه وغاية الامر ان بعض آثار الملك منتفت وهو لا يوجب نفي حقيقة الملك لامة المجوسية والوثنية والبلوغ والعقل فلا يصح تدبير الصبي والمجنون وفي المبسوط فاما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كاعتاقهما ولو قال العبد او المكاتب اذا اعتقت فكل مملوك املكه حر فعتق فملك مملوكا عتق لانه مخاطب له قول معتبر وقد اضاف العتق الى ما بعد حقيقة الملك له فيصح ويكون عند وجود الملك كالمنجز له بخلاف ما لو قال كل مملوك املكه الى خمسين سنة فهو حر فعتق قبل ذلك فملك لا يعتق عند ابي حنيفة وقالا يعتق وما ذكرنا من اشتراط البلوغ والعقل فهو تدبير المالك اما الوكيل فلا في المبسوط لو قال لصبي او مجنون دبر عبدي ان شئت فدبره جاز وهذا على المجلس لتصريحه بالمشية ونظيره في العتق والطلاق واذا انجر الكلام الى الوكالة فهذا فرع منه قال لرجلين دبرا عبدي فدبره احدهما جاز ولو جعل امره في التدبير اليهما بان قال جعلت امره اليكما في تدبيره فدبره احدهما لا يجوز لانه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به احدهما بخلاف الاول لانه جعلهما معبرين عنه وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء الا ترى ان له ان ينهاهما قبل ان يدبراه في هذا الفصل وليس له ذلك في جعل الامر اليهما كذا في المبسوط

قوله اذا قال الرجل لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير

اذا مت فانت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر

فانه اي التدبير اثبات العتق عن دبر وهذه تفيد ذلك بالوضع فاذا اتى بلفظ افاد اثباته عن دبر كذلك فهو صريح وهو ثلاثة اقسام الاول ما يكون
بلفظ الاضافة كبعض ما ذكرنا ومنه حررتك او اعتقتك او انت حر او محرر او عتيق او معتق بعد موتي والثاني ما يكون بلفظ التعليق كان مت او اذا او متى مت
او حدث لي حادث فانت حر وفسر الحدث والحادث في الموت وكذا انت حر مع موتي او في موتي فانه تعليق العتق بالموت بناء على ان
مع وفي تستعار لمعنى حرف الشرط وروى هشام عن محمد اذا قال انت مدبر بعد موتي يصير مدبرا في الحال لان المدبر اسم لمن يعتق عن دبر موته فكان
هذا وانت حر بعد موتي سواء وكذا اعتقتك او حررتك بعد موتي والثالث ما يكون بلفظ الوصية كاوصيت لك برقبتك او بنفسك او بعتقك وكذا اذا قال
اوصيت لك بثلث مالي فتدخل رقبته لانها من ماله فيعتق ثلث رقبته وفي الكافي انت حر او مدبر او عتيق يوم اموت يصير مدبرا والمراد باليوم
الوقت لان قرن به ما لا يمتد ولو نوى النهار فقط لا يكون مدبرا مطلقا لجواز ان لا يموت ليلا يعني فيجوز بيعه فان لم يبعه حتى مات عتق كالمدبر
وانما كانت صريحة لانها استعملت في الشرع كذلك قال عليه السلام في ام الولد فهي معتقة عن دبر منه ذكره في المبسوط ثم تورثت بلا شبهة في هذا المعنى
ولو قال انت حر بعد موتي وموت فلان فليس بمدبر مطلق لانه لم يتعلق عتقه بموته مطلقا فان مات المولى قبل فلان لم يعتق لان الشرط لم يتم فصار
ميراثا للورثة وكان لهم ان يبيعوه وان مات فلان اولا يصير مدبرا مطلقا فليس لهم ان يبيعه خلافا لزفر لانه كما اذا قال اذا كلمت فلانا فانت حر بعد موتي
فكلمه او قال انت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتي فاذا كلم فلانا صار مدبرا ولو قال بعد موتي ان شئت ينوي فيه فان نوى المشيئة الساعة فشاء العبد
ساعته فهو حر بعد موته من الثلث لوجود شرط التدبير فيصير مدبرا وان نوى المشيئة بعد الموت فاذا مات المولى فشاء العبد عند موته فهو حر لوجود
الشرط لا باعتبار التدبير وكان الشيخ ابو بكر الرازي يقول الصحيح انه لا يعتق هنا الا باعتاق من الورثة او الوصي بمثل ما تقدم في باب المتقدم
من انه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثا فلا يعتق بعد الا باعتاق منهم فيكون هذا وصية يحتاج الى التنفيذ كما لو قال اعتقوه بعد موتي ان شاء
وهو نظير ما لو قال انت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق الا باعتاق منهم بعد الشهر نص عليه ابن سماعة في نوادره وكذا بيوم وفي الاسبيجابي اذا
لم يعتق الا باعتاق الوارث او الوصي فللوارث ان يعتق تنجيزا وتعليقا والوصي لا يملكه الا تنجيزا ولو اعتقه عن كفارة عتق عن الميت دون الكفارة والذي
ينبغي ان يفصل في التعليق فان علقه بشرط من جهة نفسه ثم لم يفعله او بمضي زمان طويل او على فعل العبد وهو مما يتعذر عليه او يتعسر لا يلزم العبد
توقفه عليه بل ان شاء رفع الى القاضي لينجز عتقه ثم في ظاهر الجواب يعتبر وجود المشيئة من العبد في مجلس موته او علمه بموته كالتقييد بمشيئة في حياته لمجلس التفويض
اذا كان بهذا اللفظ وعن ابي يوسف لا يتوقت به لانه في معنى الوصية لا يشترط في الوصية القبول في المجلس في الاصل لو قال بعد موتي بيوم لم يكن مدبرا
وله ان يبيعه لانه ما علقه بمطلق الموت بل بمضي يوم بعده فان مات لم يعتق في الوقت الذي سمى حتى يعتقه الورثة وهذا يؤيد ما ذكره ابو بكر الرازي ومن المشايخ
من فرق بين هذه ومثلها بان قال اذا اخر العتق عن موته بزمان ممتد بيوم او شهر وتقرر ملك للوارث في ذلك الزمان عرفنا ان مراده الامر باعتاقه بعده فلا يعتق
ما لم يعتقوه واما في مسئلة المشيئة فيتصل مشيئة العبد بموت المولى قبل تقرر الملك الوارث فيعتق باعتاق المولى ولا تقع حاجة الى اعتاق الوارث
وهذا ان تم اشكل على ما تقدم في مسئلة انت حر بعد موتي بالف فان زمن القبول كزمن المشيئة فانه يجب ان يتصل بموت المولى او بعلمه بموته لا يقال
ينبغي ان يجعل العبد في هذه المسئلة كذلك باقيا على حكم ملك الميت بحاجته الى نفاذ ايجابه وثبوت اعتباره شرعا وما قدمناه من ان القبول غير معلوم
الوقوع بانه وان كان كذلك لكنه متوقع وعلى تقدير وجوده يلزم اخراجه عن ملكهم بعد الدخول واستصحاب الملك الاول اسهل من رفعه ثم ادخاله

ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي رح يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تاخير السببية الى زمان بطلان الاهلية

في ملك شخص ثم اخراجه عنه فوجب ان يبقى لحاجته ثم لا شك ان هذه المسئلة اقرب لان العتق هنا يقع مجانا فوجب عتقه من جهة المولى لانا نقول لو صح ذلك لزم في انت حر بعد موتي بيوم عدم توقفه بل اولى لان مجئ اليوم بعده معلوم غير مشكوك فهي من مواضع النص على انه لا يعتق الا باعتاقهم **قوله** ثم لا يجوز بيعه المدبر المطلق وهو الذي علق عتقه بمطلق موت المولى ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية بلا بدل او بكتابة او عتق على مال وما سواه من التصرفات التي لا تبطل حقه في الحرية يجوز فيجوز استخدامه وان كان جارية واخذ اجرته وتزويج المدبرة ووطيها واخذ مهرها وارش جنايتها وعلله المصنف فيما ياتي بقوله لان الملك فيه ثابت وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات وانما لم يكن له ان يرهنه لفوات شرط عقد الرهن وهو ثبوت يد الاستيفاء من مالية المرهون بطريق البيع ولا مالية للمدبر كام الولد وليس على المولى في جنايات المدبر الا قيمة واحدة لانه لا منع الا رقبة واحدة واما ما استهلك فدين في رقبته يسعى فيه وعرف من هذا ان ليس للمولى دفعه بالجناية الموجبة للارش وفي الجناية على المدبر ما في الجناية على المماليك لانه مملوك بعد التدبير واستشكل على عدم جواز بيع المعلق عتقه بمطلق موت المولى ما اذا قال كل مملوك املكه فهو حر بعد موتي وله مماليك واشترى مماليك ثم مات فانهم يعتقون فكان عتقهم معلقا بمطلق موت السيد ثم انه لو باع الذين اشتراهم صح ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق الا عند الموت اجيب بان الوصية بالنسبة الى المعدوم يعتبر يوم الموت و بالنسبة الى الموجود عند الايجاب حتى لو اوصى لولد فلان وله ثلاثة اولاد فمات واحد منهم بطل ثلث الوصية لانها تناولتهم بعينهم فيبطل بموت احدهم حصته ولو لم يكن له ولد فولد له ثلاثة اولاد ثم مات احدهم ثم مات الموصي كان الكل للاثنين لان الثالث لم يدخل في الوصية لكونهم معدومين عند الايجاب فتناولت من يكون موجودا عند الموت **قوله** وقال الشافعي يجوز بيعه وهبته للمنقول والمعنى اما المنقول فما في الصحيحين من حديث جابر رض ان رجلا اعتق غلاما له عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه النبي صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم ثم ارسل بثمنه اليه وفي لفظ اعتق رجل من الانصار غلاما عن دبر وكان محتاجا وكان عليه دين فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم فاعطاه فقال اقض دينك وانفق على عيالك ولحديث جابر رض هذا الفاظ كثيرة وروى ابو حنيفة بسنده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع المدبر وفي موطا مالك بسنده الى عائشة رض انها مرضت فتطاول مرضها فذهب ابن اخيها الى رجل فذكروا له مرضها فقال انكم تخبروني عن امراة مطبوبة قال فذهبوا ينظرون فاذا جارية لها سحرتها وكانت قد دبرتها فدعتها ثم سالتها ماذا اردت قالت اردت ان تموتي حتى اعتق قالت فان الله علي ان تباعين من اشد العرب ملكة فباعتها وامرت بثمنها فجعل في مثلها ورواه الحاكم وقال على شرط الشيخين والجواب انه لا شك ان الحر كان يباع في ابتداء الاسلام على ما روي انه صلى الله عليه وسلم باع رجلا يقال له سرق في دينه ثم نسخ ذلك بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره في الناسخ والمنسوخ فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الآن بعد النسخ وانما يفيده استصحابا كان ثابتا من جواز بيعه قبل التدبير اذ لم يوجب التدبير ازالة الرق عنه ثم رايتا انه صح عن ابن عمر رض لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وقد رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن ضعف الدارقطني رفعه وصحح وقفه واخرج الدارقطني ايضا عن علي بن ظبيان بسنده عن ابن عمر رض قال المد

بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك **قال** وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة وطيها وله ان يزوجها لان الملك فيه ثابت له وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات

من الثلث وضعف ابن حبان والحاصل ان وقفه صحيح وضعف رفعه فعلى تقدير الرفع لا اشكال وعلى تقدير الوقف فقول الصحابي بلا معارضة النص البتة لانه واقعة حال لا عموم لها لا يعارضه لو قال هم يباع المدبر فان قلنا بوجوب تقليده فظاهر وعلى عدم تقليده يجب ان يحمل على السماع لان منع بيعه على خلاف القياس لما ذكرنا ان بيعه مستصحب بوقوعه مع عدم زوال الرق وعدم الاختلاط بجزء المولى كما في ام الولد خلاف القياس فيحمل على السماع فبطل ما قيل حديث ابن عمر لا يصلح لمعارضة حديث جابر وايضا ثبت عن ابي جعفر انه ذكر عنده ان عطاء وطاوسا يقولان عن جابر في الذي اعتقه مولاه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اعتقه عن دبر فامره ان يبيعه فيقضي دينه الحديث فقال ابو جعفر شهدت الحديث من جابر انما اذن في بيع خدمته رواه الدارقطني عن عبد الغفار بن القاسم الكوفي عن ابي جعفر وقال ابو جعفر الهندواني كان من الثقات الاثبات ولكن حديثه هذا مرسل وقال ابن القطان هو مرسل صحيح لانه من رواية عبد الملك ابن ابي سليمان العرزمي وهو ثقة عن ابي جعفر انتهى ولو تم تضعيف عبد الغفار لم يضر لكن الحق عدمه ان كان متشيعا فقد صرح ابو جعفر وهو محمد الباقر الامام بن علي زين العابدين بانه شهد حديث جابر وانه انما اذن في بيع منافعه ولا يمكن لثقة امام ذلك الا لعلمه بذلك من جابر راوي الحديث وقال ابن العز قول من قال يحمل الحديث على المدبر المقيد او ان المراد انه باع خدمة العبد من باب دفع الصائل لانه لما اعتقد ان التدبير عقد لازم سعى في تاويل ما يخالف اعتقاده من السنة على خلاف تاويله والنص مطلق فيجب العمل به الا لمعارض نص آخر يمنع من العمل باطلاقه وانت اذا علمت ان الحر كان يباع للدين ثم نسخ وان قوله في الحديث باع مدبرا ليس الا حكاية الراوي فعلا جزئيا لا عموم لها وان قوله اعتق عن دبر اعم من المطلق والمقيد اذ يصدق على الذي دبر مقيدا انه اعتق عن دبر منه وان ما عن ابن عمر موقوف صحيح وحديث ابي جعفر مرسل ابي ثقة وقد اقمنا الدلالة على وجوب العمل بالمرسل بل وتقديمه على المسند بعد انه قول جمهور السلف علمت قطعا ان المرسل حجة موجبة بل سالمة عن المعارض وكذا قول ابن عمر ان لم يصح رفعه يعضده ولا يعارضه المروي عن عائشة لجواز كون تدبيرها كان مقيدا لانه ايضا واقعة حال لا عموم لها فلم يتناول حديث جابر وعائشة رضي الله عنهما محل النزاع البتة فكيف وقد وجب حمله على السماع بما ذكرنا فظهر لك تحامله او غلطه واما المعنى الذي ابطل به الشافعي منع بيعه فما ذكر في الكتاب من قوله لانه تعليق العتق بالشرط وبه لا يمتنع البيع كما في سائر التعليقات بسائر الشروط غير الموت وكذا ان اعتبر جهة كونه وصية فان الرجوع عن الوصية وبيع الموصى به جائز فظهر انه على اعتبار شبهي التعليق والوصية لا يمتنع بيعه وقد قدم المصنف من قريب قوله وعلى هذا اي اعمال الشبهين بدور الفقه وجوابه ما ذكر المصنف بقوله ولانه سبب الحرية لانها تثبت بعد الموت ولا ثبوت الا بسبب ولا سبب غيره اي غير قوله انت حر المعلق وفي اذا مت او المضاف في بعد موتي فاما ان يجعل سببا في الحال او بعد الموت وجعله سببا في الحال اولى لانه حال وجوده بخلافه بعد الموت فانه معدوم انما له ثبوت حكمي فاضافة السببية اليه حال وجوده اولى فهذا اوجه اولوية سببيته في الحال ووجه آخر يوجب عدم امكان غيره وهو قوله ولان ما بعد الموت الخ يعني لا يثبت

واذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت فى الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى فى ثلثيه

الملك وزواله من ثبوت الاهلية لها والموت يبطلها بخلاف الجنون لان المجنون اهل لثبوت ملكه كما اذا مات مورثه او وهب له وقبل وليه وزواله كما لو اتلف شيئا فانه يؤخذ ضمانه من ماله فيزول ملكه عنه ولو ارتد ابواه ولحقا بدار الحرب بانت امرأته فلذا لم تشترط الاهلية بالعقل عند وجود الشرط لنزول الحكم لان ذلك شرط لابتداء التصرف لا لمجرد زوال الملك والمجنون اهل لذلك بخلاف الموت فانه سالب لاهلية الامرين فامتنع ان يجعل قوله المذكور حال حيوته سببا بعد موته فلزمت سببيته فى الحال والا انتفت لكنها لم تنتف شرعا ولان سائر التعليقات فيها مانع من كون المعلق سببا فى الحال لانها ايمان واليمين فى شرعها يعقد للبر كما قد تعقد للحمل فالمنع من وقوع الطلاق والعتاق هو المقصود فيها لانها تعقد للبر فانه يفسد وقوعهما ووقوعهما هو المقصود فى التعليق الذى هو التدبير فلزم من كلامه ان التعليق منه ما ليس بيمين وهو التدبير بلفظ التعليق ومنه ما هو يمين فلا يمكن سببية المعلق قبل الشرط لما ذكرنا وامكن فى التدبير اذ ليس فيه معنى اليمين فلزمت سببيته فى الحال واذا انعقدت سببية العتق فى الحال يتحقق ثبوت حق العتق له وهو ملحق بحقيقته فلا يقبل الفسخ ولا شك انه يرد عليه النقض بما اذا قال اذا جاء غد فانت حر فانه لما علق بامر كائن البتة يلزم ان المراد ثبوت المعلق فيه لا منعه فلم يكن يمينا فانتفى المانع من السببية فى الحال فينعقد فيه فيلزم ان لا يجوز بيعه قبل الغد وهو منتف وهذا الاشكال لا يندفع عن هذا الوجه بمنع كونه كائنا لا محالة بجواز قيام القيامة قبل الغد فانما يستقيم اذا كان التعليق بمجئ الغد بعد وجود اشتراط الساعة من خروج الدجال ونزول عيسى عليه السلام وغيرهما اما قبل ذلك فليس يصح هذا الجواب بان الكلام فى الاغلب فيلحق الفرد النادر به اعتراف بالايراد على ان كون التعليق بمثل مجئ الغد وراس الشهر نادرا غير صحيح واجيب ايضا بما هو حاصل الوجه الثانى وهو ان التعليق الذى هو التدبير وصية والوصية خلافة فى الحال كالوراثة ويرد عليه انه يجوز الرجوع عن الوصية وهذا وارد على عبارته الا بعنايته وهو ان المراد بقوله والوصية خلافة فى الحال الى الوصية المذكورة وهى الوصية له برقبته خلافة كالوراثة حتى منعت من لحوق الرجوع عنها ويفرق بين قوله اذا مت فانت حر وانت حر بعد موتى وبين قوله اعتقوه بعد موتى فان الاول استخلاف موجب لثبوت حق الحرية فى الحال بخلاف اعتقوه واورد عليه ان هذا فرق بعين محل النزاع لان حاصله ان الوصية بالعتق اذا كانت تدبيرا كانت خلافة تستدعى لزوم الوصى وعدم جواز الرجوع عنه وان كانت غيره كاعتقوا هذا العبد لا يكون كذلك وجاز بيعه وهذا عين ما تنازع فيه فان الخصم يقول الوصية بالعتق بهذه الصيغة وبالصيغة الاولى سواء ولا مخلص الا ان تبدى خصوصية فى تلك العبارة تقتضى ذلك وليس هنا الا كون العبد خوطب به او كون العتق علق صريحا بالموت او اضيف ولو لزم ذلك فى الشرع يقتضى ما ذكرتم من اللزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع فالحق ان الاستدلال انما هو بالسمع المتقدم بناء على عدم معارضة حديث جابر له لما قدمناه ثم المذكور بيان حكمة الشرع لذلك **قوله** واذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا اول الباب ولان التدبير وصية ونفاذها من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى فى ثلثيه للورثة ولو كان على المولى دين فى هذه الصورة يستغرق رقبة المدبر يسعى فى كل قيمته لان الدين مقدم على الورثة فكيف بالوصية ولا يمكن نقض العتق فيرد قيمته **قوله** وولد المدبرة مدبر قيمته بموت سيدها والمراد المدبرة المطلق اما ولد المدبرة تدبيرا مقيدا فلا يكون مدبرا هذا هو الصحيح من النسخ وفى بعضها ولد المدبر

وان كان على المولى دين يسعى فى كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته ولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة

وليس بصحيح لان الولد يتبع امه لا اباه فان تزوجه المدبر لو كانت حرة كان ولدها حرا او امة قولها بعد سواء كان ابوه حرا او عبدا مدبرا او لا ثم المراد الولد الذى كانت حاملا به وقت التدبير والولد الذى حملت به بعد التدبير اما ولدها المولود قبله فلا يصير مدبرا بتدبيرها اما الذى كان حملا فبالاجماع كما لو اعتقها وهى حامل به اما الذى حملت به بعده ففى قول اكثر اهل العلم وهو المروى عن عمر بن عبد العزيز والزهرى والبصرى وشريح ومسروق والثورى ومجاهد وقتادة وعطاء وطاوس والحسن بن صالح ومالك واحمد وللشافعى فيه قولان قال المصنف وعلى ذلك اجماع الصحابة رضوان الله عليهم يعنى الاجماع السكوتى فانه روى عن عمر وابن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن مسعود ولم يرو عن غيرهم خلاف ولا يخفى ان سريان التدبير الى الولد على خلاف القياس بالاجماع فلا يقبل فيه الخلاف مما ذكر من طرق الشافعى ولو اختلف المولى والمدبرة فى ولدها فقال ولدته قبل التدبير وقالت بعده فالقول للمولى لانها تدعى حق العتق لولدها ولو ادعته لنفسها كان القول له مع يمينه فلولدها كذلك والبينة بينتها لاثباتها زيادة وهو حق العتق واعلم انه اذا حلف المولى يحلف على العلم لانه تحليف على فعل الغير وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير ذكره فى المبسوط فى باب الشهادة فى التدبير واعلم انه اذا وهبها الحمل وحده فانه جائز كعتقه وحده فان ولدته لاقل من ستة اشهر كان مدبرا والا لا ولو كانت بين اثنين فدبر احدهما حملها فولدته لاقل من ستة اشهر فالشريك بالخيار بين التدبير وتضمين المدبر والاستسعاء بعد ان يقدر على السعاية ولو دبر احدهما ما فى بطنها بان قال ما فى بطنك حر بعد موتى وقال الآخر انت حرة بعد موتى فولدت لاقل من ستة اشهر بعد كلام الاول فالولد مدبر بينهما لانه كان موجودا حين دبر الاول فتدبر نصيبه بتدبيره وتدبر نصيب الآخر بتدبيره امه وان ولدته لاكثر من ستة اشهر منذ الاول ولاقل منها تدبير الام فالولد كله مدبر للذى دبر الام لان ثبوت التدبير فيه بطريق التبعية للام باعتبار انه كالجزء منها فى هذا لا ينفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبرا للذى دبر الام واما الام فنصفها مدبر للذى دبرها والآخر الخيار بين ان يضمنه نصف قيمتها ان كان موسرا وبين ان يستسعيها فيعتق ثم يضمنها الولد المدبر لانه لا ضمان انما يلزمه من حين دبر او علوق الولد بعده فى الحكم فلا يثبت فيه حق الشريك الا يرى انها لو زادت قيمتها فى مدة لم يكن للشريك الا تضمين نصف القيمة وقت التدبير فكذا فى الزيادة المنفصلة ولانها صارت فى حكم المستسعاة حين ثبت له حق ان يستسعيها والمستسعاة كالمكاتبة تكون احق بولدها واذا دبر ما فى البطن امته لم يكن له ان يبيعها ولا يهبها وذكر فى كتاب الهبة من الاصل اذا اعتق ما فى بطن امته ثم وهبها جازت الهبة بخلاف ما لو باعها وقيل فى المسئلة روايتان والاصح هو الفرق بين التدبير والعتق بانه اذا دبر ما فى البطن لو وهب الام لا يجوز عتقه ولو اعتقه جاز هبتها لانه بالتدبير لا يزول ملكه عما فى البطن فلو وهب الام فالموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب فيكون فى معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة واما بعد عتقه فغير مملوك فلم يتصل الموهوب بملك الواهب فهو كما لو وهب دارا فيها ابن الواهب وسلمها ولو دبر ما فى بطنها فولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر بيوم والآخر لاكثر بيوم فهما مدبران لانهما توأمان وتيقنا بوجود احدهما حال التدبير فى البطن ولو دبر ما فى بطنها ثم كاتبها جاز وان وضعت بعد هذا لاقل من ستة اشهر كان التدبير فى الولد صحيحا لكنه يدخل فى الكتابة ايضا تبعا للام فاذا ادت عتقا جميعا وان مات المولى قبل ان تؤدى عتق الولد بالتدبير وان ماتت الام قبل المولى فعلى الولدان يسعى فيما على الام

وإن علق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لأن السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد أن يقول إن مت إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إليه في الغالب لأنه كالكائن لا محالة

لأنه دخل في الكتابة بأن مات المولى فالولد بالخيار في اختياره الحرية بالتدبير أو بإدار الكتابة فيختار الأنفع له فإن كان يخرج من الثلث عتق ولا شيء عليه لأن مقصوده حصل **فرع** ولو قال لأمته ولدك الذي في بطنك ولد مدبرة أو ولد حرة ولا يريد به عتقا لم يعتق لأن هذا تشبيه وليس بتحقيق فكأنه قال أنت مثل الحرة أو المدبرة **قوله** وإن علق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو من مرض كذا أو قتلت أو غرقت فليس بمدبر فيجوز بيعه لأن السببية لم تنعقد في الحال للتردد في تلك الصفة بل يقع أولا بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة ثم إن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعني من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فإذ ذاك يصير مدبرا مطلقا لا يجوز بيعه بل لا يمكن فأما ما قبل آخر جزء من أجزاء حيوته فلم يكن مدبرا فجاز بيعه وإن برء من ذلك المرض أو رجع من ذلك السفر ثم مات لم يعتق لأن الشرط الذي علق به قد انعدم واستشكل بما إذا قال أنت حر قبل موتي بشهر ومضى شهر فإنه بعد مضي الشهر يعتق بمطلق موت المولى مع أنه مدبر مقيد حتى جاز للمولى بيعه أجيب بأنه إنما كان كذلك لأنه يعتق بالشهر قبل موته كما سمى فيجب اعتباره بالعتق المضاف إلى غد فإنه لا يثبت حقا للعبد للحال وكذا هنا ولو قال إذا مت أو قتلت فأنت حر على قول زفر مدبر لأن عتقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق إذا مات على أي وجه كان وعلى قول أبي يوسف ليس مدبرا لأنه علقه بأحد الشيئين من الموت والقتل والقتل وإن كان موتا فالموت ليس بقتل وتعليقه بأحد الأمرين يمنع كونه عزيمة في أحدهما خاصة فلا يصير مدبرا حتى يجوز بيعه وقول زفر أحسن لأن التعليق في المعنى بمطلق موته لأنه لا تردد في كون الكائن أحد الأمرين من الموت قتلا أو غير قتل فهو في المعنى مطلق الموت كيف ما كان وروى الحسن عن أبي حنيفة إذا قال إذا مت وغسلت فأنت حر لا يكون مدبرا لأنه علقه بالموت وشيء آخر بعده ثم إذا مات ففي القياس لا يعتق وإن غسل ما لم يعتقوه لأنه بنفس الموت انتقل إلى ملكهم فهو كقوله إن مت ودخلت الدار فأنت حر وفي الاستحسان يعتق لأن الغسل عقيب الموت قبل أن يتقرر ملك الوارث فهو نظير تعليقه بموت بصفة فإذا وجد ذلك يعتق من الثلث بخلاف دخوله الدار لأنه لا يتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه كذا في المبسوط **قوله** ومن المقيد أي من التدبير المقيد أن يقول إن مت إلى سنة أو إلى عشر سنين فأنت حر فإن مات قبل السنة أو العشر عتق مدبرا وإن مات المولى بعد السنة أو العشر لا يعتق ومقتضى الوجه كونه لو مات في رأس السنة يعتق لأن الغاية لولا هنا لتناول الكلام ما بعدها لأنه منجز تنجيز عتقه فيصير حرا بعد السنة والعشر فيكون للإسقاط ومنه أنت حر قبل موتي بشهر أو بيوم فإنه مدبر مقيد حتى ملك بيعه وعند زفر مدبر مطلق قلنا لم يوجد تعليقه بمطلق موته لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق بشرط كائن لا محالة ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لأن على قول أبي حنيفة يستند العتق إلى أول الشهر وهو كان صحيحا فيعتق من كله وعلى قولهما يصير مدبرا بعد مضي الشهر قبل موته **قوله** بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إليها في الغالب لأنه كالكائن لا محالة فيكون تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال قاضي خان على قول أصحابنا مدبر مقيد وكذا ذكره في الينابيع وجوامع الفقه لأنه لم يخرج عن التعيين وعلى قول الحسن ذكر ما لا يعيش إليه غالبا تأبيد معنى وهو كالخلاف في النكاح الموقت إذا سميا مدة لا يعيشان إليها غالبا صح النكاح عند الحسن لأنه تأبيد معنى والمذهب أنه توقيت فلا يصح والمعتبر كالملفوظ فإنه في النكاح اعتبر توقيتا وأبطل به النكاح وهنا جعله تأبيدا موجبا للتدبير **فروع** كاتب مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلثه عتق

باب الاستيلاد

بالتدبير وسقطت عنه الكتابة للاستغناء عن اداء المال بالعتق الحاصل عن التدبير فان لم يكن له مال غيره فانما يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يسقط ثلث بدل الكتابة ايضا اعتبارا للجزء بالكل وقياسا على ما لو كاتبه او لا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق ثلثه بالتدبير فكذا اذا سبق التدبير الكتابة ولا معنى لقول من يقول المستحق بالتدبير لم يرد عليه عقد الكتابة لانه لو ادى جميع بدل الكتابة في حياته يعتق كله ولو كان المستحق بالتدبير لم يرد عليه الكتابة لما عتق بالاداء ملاستحقاق المدبر كاستحقاق ام الولد جميعا بالاستيلاد ولو كاتب ام ولده صح ووجب المال فعرفنا ان هذا الاستحقاق لا يمنع وروده العقد عليه ولهما طريقان احدهما ان بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير لان موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا في المكاتب والبدل بمقابلته وعرف ان التدبير يوجب استحقاق شيء له فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة فيكون البدل بمقابلة ما وراء ذلك فهو كما لو طلق زوجته سنتين ثم خالعها ثلثا بالف كانت الالف كلها بازاء الطلقة الثالثة الا يرى انه لو خرج كله من الثلث بطلت الكتابة فاما قبل الموت الكتابة صحيح لان الاستحقاق بالتدبير غير متقرر لجواز ان لا يموت المولى قبله واذا ثبت ان بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وشيء من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى لا يسقط شيء عنه بخلاف ما لو كاتبه اولا لان بدل الكتابة هناك بمقابلة جميع الرقبة فانه لم يكن مستحقا شيء من رقبته عند الكتابة فاذا اعتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت سقط حصته من بدل الكتابة والطريق الآخر ان التدبير وصية برقبته له وهي عين والوصية بالعين لا تنفذ من مال آخر كما لو اوصى لعبد انسان ثم باعه او قتل لا تنفذ الوصية في قيمته ولا ثمنه من مال الموصي وفي اسقاط بعض بدل الكتابة ذلك فامتنع بخلاف ما لو كاتبه او لا ثم دبره لان حقه عند التدبير احد الشيئين اما بدل الكتابة ان ادى او مال رقبته ان عجز فيكون موصيا له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة اذا عرف هذا فتخرج المسئلة على قول ابي حنيفة فيما اذا دبره ثم كاتبه انه يتخير بعد موت المولى ان شاء سعى في جميع بدل الكتابة بجهة عقد الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته بالتدبير لان عنده العتق يتجزى وقد تلقاه جهتا حرية فيختار ايهما شاء وعن ابي يوسف يسعى في الاقل منهما بغير خيار لان العتق لا يتجزى عنده فقد عتق كله والمال عليه ولا يلزمه الا الاقل من المالين وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة لانه ثلثها سقط عنه ولا يتخير لانه عتق كله كما ذكر ابو يوسف ولو كاتبه ثم دبره فعند ابي حنيفة يتخير بين ان يسعى في ثلثي قيمته او ثلثي بدل الكتابة وعندهما يسعى في اقلهما عينا ولو كاتب مدبرة فولدت ثم ماتت يسعى الولد فيما عليها لانه مولود في كتابتها فيبقى عقد الكتابة ببقائه لانه جزء منها فان كانا ولدين فادى احدهما المال كله لم يرجع على اخيه بشيء لانه ما ادى عنه شيئا انما ادى عن الام فان بدل الكتابة عليها ولان كسب كل منهما لها حتى لو كانت حية كانت احق به فكان اداء من ادى احدهما او كلاهما اداء من مال الام ومثله لو كاتب مدبرين جميعا وكل كفيل عن الآخر ثم ماتا وترك احدهما ولدا ولد له في كتابته من امته فعليه ان يسعى في جميع الكتابة لانه قائم مقام ابيه وانما يسعى لتحصيل العتق لابيه ولنفسه ولا يحصل العتق لابيه الا باداء جميع بدل الكتابة فلذا كان عليه السعاية في جميع بدل الكتابة

باب الاستيلاد لما اشترك كل من المدبر وام الولد في استحقاق العتق وتعلقه بالموت وصل بينهما ولما كان التدبير انسب بما قبله من حيث ان العتق به بايجاب اللفظ بخلاف الاستيلاد قدمه عليه فالاستيلاد مصدر استولد اي طلب الولد وهو عام اريد به خصوص وهو طلب ولد الامة اي استلحاقه

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ——— ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها

اى باب بيان احكام هذا الاستيلاد الثابتة فى الام واصله استولاد ومثله يجب قلب واوه ياء كميعاد وميزان وميقات فصار استيلادا وام الولد
تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب وفى عرف الفقهاء اخص من ذلك وهى الامة التى ثبت نسب ولدها من مالك كلها او بعضها
قوله واذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له يعنى اذا ثبت نسبه منه وليس ولادتها مستلزمة ثبوته ففى العبارة قصور وذلك لانه
يريد انها اذا ولدت منه صارت ام ولد لا بالمفهوم اللغوى بل بالاصطلاح الفقهى ولذا رتب عليه الاحكام المذكورة حيث قال لا يجوز بيعها ولا
تمليكها ولا هبتها انتهى بل اذا مات ولم ينجز عتقها تعتق بموته من جميع المال ولا تسعى لغريم ولو كان السيد مديونا مستغرقا وهذا كله مذهب جمهور الصحابة رضى الله عنهم
والتابعين والفقهاء الا من لا يعتد به كبشر المريسى وبعض الظاهرية فقالوا يجوز بيعها احتجوا بحديث جابر قال بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم وابى بكر فلما كان عمر نهانا عنه فانتهينا رواه ابو داود وقال الحاكم على شرط مسلم واخرج النسائى عن زيد العمى عن ابى سعيد الخدرى
كنا نبيعهن فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صححه الحاكم واعله العقيلى بزيد العمى وقال النسائى زيد العمى ليس بالقوى ونقل هذا المذهب عن الصديق
وعلى وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن الزبير رضى الله عنهم لكن عن ابن مسعود بسند صحيح وابن عباس تعتق من نصيب ولدها ذكره ابن قدامة فهذا
يصرح برجوعهما على تقدير صحة الرواية الاولى عنهما واستدل لقول الجمهور بما رواه ابو داود من طريق محمد بن اسحق عن خطاب بن صالح عن امه
عن سلامة بنت معقل امرأة من خارجة قيس بن غيلان فذكر البيهقى باسناد حسن شىء روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى هذا قالت قدم بى عمى فى الجاهلية
فباعنى من الحباب بن عمرو اخى ابى اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن بن الحباب ثم هلك فقالت امرأته الآن والله تباعين فى دينه فاتيت
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله انى امرأة من خارجة قيس بن غيلان قدم بى عمى المدينة فى الجاهلية فباعنى من الحباب بن عمرو اخى
ابى اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فمات فقالت لى امرأته الآن تباعين فى دينه فقال عليه الصلوة والسلام من ولى الحباب قيل اخوه
ابو اليسر كعب بن عمرو فبعث اليه فقال اعتقوها فاذا سمعتم برقيق قدم على فأتونى اعوضكم قالت فاعتقونى وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم
رقيق فعوضهم منى غلاما ولا يخفى ان هذا لا يدل على انها تعتق بمجرد موته بل على انه سألهم ان يعتقوها ويعوضهم لما استرقت قلبه عليه الصلوة والسلام
بل يفيد انها لا تعتق والا لبين الحكم الشرعى فى ذلك من انها عتقت ولم يأمرهم بعتقها بالعوض يقوم هو عليه الصلوة والسلام به نعم يحتمل ان يراد
باعتقوها خلوا سبيلها كما فسره البيهقى وان العوض من باب التفضل منه عليه افضل الصلوة والسلام لكن هذا احتمال خلاف الظاهر والعبرة للظاهر فلا
يصار الى غير الظاهر الا بدليل من خارج يوجبه ولعله فمن ذلك ما ذكر المصنف من انه قال يعنى فى مارية القبطية اعتقها ولدها وهو حديث رواه ابن ماجة
عن ابن عباس قال ذكرت ام ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اعتقها ولدها وطريقه معلول بابى بكر بن عبد الله بن ابى سبرة
وحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس بسند ابن ماجة رواه ابن عدى فى الكامل واعله بابن ابى سبرة فقط فانه يرى ان حسينا ممن يكتب حديثه واخرج ابن ماجة ايضا عن شريك عن
حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امة ولدت من سيدها فهى حرة اذا مات الا ان يعتقها قبل موته ورواه الحاكم فى المستدرك وقال صحيح الاسناد وهنا
وثق حسين ورواه ابو يعلى الموصلى فى مسنده حدثنا زهير حدثنا اسمعيل بن ابى اويس حدثنى ابى عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما قال ايما امة ولدت من سيدها
فانها حرة اذا مات الا ان يعتقها قبل موته ورواه احمد عن ابن عباس رضى الله عنهما ايما رجل ولدت منه امته فهى معتقة عن دبر منه والطرق كثيرة فى هذا
المعنى ولذا قال الاصحاب انه مشهور تلقته الامة بالقبول واذ قد كثرت طرق هذا المعنى وتعددت واشتهرت فلا يضره وقوع راو ضعيف فيه

لقوله عليه السلام اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع

مع ان ابن القطان قال في كتابه وقد روي باسناد جيد قال قاسم بن اصبغ في كتابه ثنا محمد بن وضاح ثنا مصعب بن سعيد ابو خيثمة
المصيصي ثنا عبد الله بن عمرو وهو الرقي عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس قال لما ولدت مارية القبطية ابراهيم قال عليه السلام اعتقها ولدها من طريق
ابن اصبغ رواه ابن عبد البر في التمهيد ومما يدل على صحة حديث اعتقها ولدها ما قال الخطابي انه عليه السلام قال انا معاشر الانبياء لا نورث
ما تركنا صدقة فلو كانت مارية مالا بيعت وصار ثمنها صدقة وعنه عليه السلام انه نهى عن التفريق بين الاولاد والامهات وفي بيعهن
تفريق واذا ثبت قوله اعتقها ولدها الخ وهو متاخر الى الموت اجماعا وجب تاويله على مجاز الاول فيثبت في الحال بعض مواجب
العتق من امتناع تمليكها وروى الدارقطني عن يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر انه عليه السلام نهى
عن بيع امهات الاولاد فقال لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حيا فاذا مات فهي حرة ثم اخرجه بسند فيه
عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن دينار واعله ابن عدي بعبد الله بن جعفر بن نجيح المديني واسند تضعيفه عن النسائي وغيره ولينه هو
قال يكتب حديثه ثم اخرجه عن احمد بن عبد الله العنبري حدثنا معتمر عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفا عليه واخرجه ايضا عن فليح بن سليمان عن
عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفا قال ابن القطان هذا حديث عن عبد العزيز بن مسلم القسملي وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن عمر
لا اختلف فيه فقال عنه يونس بن محمد وهو ثقة وهو الذي رفعه فقال عنه يحيى بن اسحق وفليح بن سليمان عن عمر لم يتجاوزوه وكلهم ثقات
وهذا كله عند الدارقطني وعندي ان الذي اسنده خير ممن وقفه واخرج مالك في الموطا عن نافع عن ابن عمر ان عمر بن الخطاب رضي قال
ايما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع منها فاذا مات فهي حرة وكذا رواه سفيان الثوري وسليمان
بن بلال وغيرهما عن عمر موقوفا واخرج الدارقطني من طريق عبد الرحمن الافريقي عن سعيد بن المسيب ان عمر اعتق امهات الاولاد
وقال اعتقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم والافريقي وان كان غير حجة فقد تقدم ما يعضد رفعه مع ترجيح ابن القطان فثبت الرفع
بما قلنا ولا شك في ثبوت وقفه على عمر وذكر محمد في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات
الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين وعدم مخالفة احد لعمر حين افتى به وامر فانعقد اجماع الصحابة على عدم بيعهن فهذا
يوجب احد الامرين اما ان ما كان من بيع امهات الاولاد في زمنه صلى الله عليه وسلم لم يكن بعلمه وان كان مثل قول الراوي كنا نفعل
في عهده عليه السلام حكمه الرفع لكن ظاهرا لا قطعا فاذا قام دليل في خصوص منه على عدمه وجب اعتباره واما انه كان بعلمه وتقريره ثم نسخ و
لم يظهر الناسخ لابي بكر رضي لقصر مدته مع اشتغاله فيها بحروب مسيلمة واهل الردة ومانعي الزكوة ثم ظهر بعده كما عن ابن عمر كنا نخابر اربعين
ولا نرى بذلك باسا حتى اخبرنا رافع بن خديج انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فتركناها واياما كان وجب الحكم الآن
بعدم جواز بيعهن هذا اذا قصرنا النظر على الموقوف فاما بملاحظة المرفوعات المتعاضدة فلا شك مما يدل على ثبوت ذلك الاجماع
ما اسنده عبد الرزاق انبانا معمر عن ايوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال سمعت عليا يقول اجتمع رايي وراي عمر في امهات الاولاد
ان لا يبعن ثم رايت بعد ان يبعن فقلت له فرايك وراي عمر في الجماعة احب الي من رايك وحدك في الفرقة فضحك علي رضي واعلم
ان رجوع علي رضي يقتضي انه يرى اشتراط انقراض العصر في تقرر الاجماع والمرجح خلافه وسئل داود عن بيع ام الولد فقال

ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لا يعتق بموتها وثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمتنع جواز البيع واخراجها لا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بموته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله

يجوز لانا اتفقنا على جواز بيعها قبل ان تصير ام ولد فوجب ان يبقى كذلك اذ الاصل في كل ثابت دوامه واستمراره وكان ابو سعيد البردعي حاضرا فعارضه فقال قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع بيعها ما حبلت بولد سيدها والاصل في كل ثابت دوامه فانقطع داود وكان له ان يجيب ويقول الزوال كان بمانع عرض وهو قيام الولد الحر في بطنها وزال بانفصاله فعاد ما كان فيبقى الى ان يثبت المزيل **قوله** ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين الذين خلق منهما قد اختلطا وهو جزؤهما بحيث لا تتميز وهذه الجزئية وان زالت بانفصال الولد لكنها بقيت حكما ولم تنقطع لان تلك الجزئية اوجبت نسبتها اليه بواسطة الولد بالانفصال تقرر ذلك حتى قيل ام ولده فبقي اثرها شرعا واليها اشار عمر رضي الله عنه فيما رواه محمد بن سيرين قال اشترى ابي امة من رجل قد اسقطت منه فامر عمر برده وقال ابعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن الا ان السبب يضعف بالانفصال فاوجب حكما مؤجلا الى الموت ولما ورد على هذا التقرير ان مقتضاه ان المراة الحرة لو ملكت زوجها العبد بعد ما ولدت له ابنه يعتق بموتها لان النسبة الكائنة بتوسط الولد مشتركة بينهما لكل من الام والاب قسط منها اجاب المصنف بقوله ان بقاء الجزئية حكما بعد الانفصال انما هو باعتبار النسب لانه لم يبق بعد الانفصال سواه والنسب للرجال اي الى الآباء لا الى الامهات فكذا الحرية التي تبتني على النسب لها الثابتة لها في حق الرجال لان النسب اليهم فيتفرع عليه ان الحر لو تزوج امة فولدت له ثم اشتراها صارت ام ولد له تعتق بموته دونها العكس اذ ليس النسب اليهن فيتفرع عليه ما لو ملكت الحرة زوجها العبد بعد ما ولدت له لا يعتق بموتها لما تعلق بالآخرة بالنسب لم يثبت الامومة بدونه فلو ولدت امة لرجل من زنى ثم ملكها لا تكون ام ولد له فلا تعتق بموته وما ورد عليه ما ذكره في دعوى الاصل امة بين رجلين ولدت ولدا فقال كل منهما لصاحبه هو ابنك لا يكون ابن واحد منهما وهو حر وامه بمنزلة ام الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما فقد ثبتت الامومة بلا ثبوت نسب اجيب بانه قد ثبت النسب في الجملة فانهما اتفقا على ثبوت نسبه ولذا كان حرا فلم يثبت دون نسب والحق ان ثبوت الامومة في نفس الامر لا يكون الا تابعا لثبوت النسب واما ثبوته ظاهرا في القضاء فيحصل من ثبوت نسب الولد والاقرار وان لم يثبت لما سيجيء فيما اذا ادعى ولد ام ولده المزوجة **قوله** وثبوت عتق الخ يعني قد ثبت بما ذكرنا انه يثبت لها عتق مؤجل ويلزم من ثبوت عتقها مؤجلا ان يثبت لها في الحال حق العتق فيمتنع بيعها واخراجها الا الى الحرية ولقائل ان يقول ثبوت العتق المؤجل الى اجل معلوم ثابت في قوله اذا جاء راس الشهر فانت حر مع ذلك لم يمتنع البيع فله ان يبيعه قبله ولم يلزم من ثبوت العتق الى اجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها في الحال بل عند حلول الاجل فالحق ان استحقاقها في الحال للعتق عند الموت ليس الا حكم النص حيث صرح النص بانهن لا يبعن ولا يوهبن بمعنى الجزئية التي اشار اليها عمر رضي الله عنه **قوله** وكذا اذا كان بعضها مملوكا له والبعض الآخر مملوكا لغيره بان كانت مشتركة بين اثنين فادعى احدهما ولدها ثبت نسبه وتصير ام ولد له فهنا حكمان وقع التشبيه في احدهما وهو امومة الولد لانه لم يسبق لثبوت النسب ذكر فقصر التعليل عليه وهو قوله لان الاستيلاد لا يتجزى اي فيما يمكن نقل الملك فيه وهي القنة فتصير كلها ام ولد له ويضمن قيمة نصيب شريكه له بخلاف ما اذا وقع فيما لا يقبل النقل كالمدبرة فانه يتجزى ضرورة عدم قبوله للنقل فيقتصر بالضرورة فلذا قدمه في باب العبد يعتق بعضه انه لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه

قال وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي رحمه الله يثبت نسبه منه وان لم يدع

فلا تناقض فصار الحاصل ان الاستيلاد لا يتجزى اي لا يكون معه بعض المستولدة مملوكا لغير المستولد الا ضرورة لانه مبني على ثبوت النسب وهو لا يتجزى واما احتمال ان يكون فيه روايتان فبعيد فلهذا لما قال المصنف انه يتجزى في باب العبد يعتق بعضه لم يجعل اثره الا فيما اذا استولد نصيبه من مدبرة واما تعليل بثبوت النسب فانما هو لوجود الدعوة في الملوكة والاتفاق على ان ملك البعض يكفي لصحة الاستيلاد **قوله** وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك قائم فيها وهو مطلق لهذه الامور فاشبهت المدبرة ومنع مالك اجارتها كبيعها وهو بعيد وامتناع البيع لنقل ملك الرقبة لا غير وهو منتف في الاجارة ويملك كسبها واعتاقها وكتابتها واورد ينبغي ان لا يملك تزويجها لان توهم شغل رحمها بماء المولى قائم وتوهم الشغل مانع من النكاح كما في المعتدة غير ان المعتدة جعل لها الشرع حالا يحكم فيه بالفراغ فجاز نكاحها عند وجوده ولم يجعل لام الولد مثله سوى الاستبراء فكان ينبغي ان لا يصح قبله واجيب بان جواز النكاح كان ثابتا قبل الوطي ووقع الشك في خروجه فلا يخرج بالشك بخلاف المعتدة فانها قد تحقق خروجها عن محلية نكاح الغير فلا تعود الا بموجب وجعله الشارع انقضاء العدة الدال على الفراغ حقيقة فلا تتزوج قبله وللقائل ان يقول اذا سلم ان احتمال الشغل مانع ولا شك في ثبوته بعد الوطي لتحقق خروج الجواز لا وقوع الشك فيه كالعدة ووجب ان لا يزوجها الا بعد استبرائها والمذهب جوازه قبل الاستبراء وانما هو بعده افضل واعلم ان المسئلة ذكرها المصنف في فصل المحرمات من كتاب النكاح حيث قال وان تزوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه بلا دعوة فلو صح النكاح حصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متاكد حتى ينتفي ولدها بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل فافاد ان المانع من صحة النكاح ليس الا الجمع بين الفراشين لا توهم الشغل وهذا حق لما عرف من مسئلة ما اذا راى امراة تزني فتزوجها حيث يصح النكاح ويحل الوطي مع ان احتمال الشغل ثابت لكن لما كان الحمل من الزنا ليس ثابت النسب جاز النكاح والوطي لانتفاء الجمع بين الفراشين ولذا جاز عند ابي حنيفة ومحمد تزوج الحامل من الزنا لانتفاء الفراش غير انه لا يحل وطيها اذا كان الحمل من غيره حتى تضع وامتناع نكاح المهاجرة الحامل لثبوت نسبه دون غيرها فتح فالجواب الحق بمنع كون احتمال الشغل مانعا فلذا جاز النكاح قبل وطيها وان كان لا يستحب او يجب الاستبراء انما المانع الجمع بين الفراشين القويين وفراش ام الولد ليس قويا على ما سيجي في المسئلة فلا يكون مانعا ما لم يتصل به الحمل بخلاف المعتدة فانها فراش حال العدة الا ترى انها متعينة لثبوت نسب ما تاتي به فنفي تزوجها جمع بين الفراشين **فرع** اذا باع خدمة ام ولده منها عتقت كما اذا باع رقبة العبد منه وعن ابن سماعة عن ابي يوسف لا تعتق بخلاف بيع رقبتها منها حيث تعتق **قوله** ولا يثبت نسب ولدها اي ولد الامة لا ام الولد يرجع الى المذكور اول الباب في قوله اذا ولدت الامة من مولاها فلا يثبت نسبه الا ان يعترف به وان اعترف بوطيها وهو قول الثوري والبصري والشعبي ومروي عن عمر وزيد بن ثابت مع العزل وقال الشافعي ومالك واحمد رحمهم الله يثبت اذا اقر بوطيها وان عزل عنها الا ان يدعي انه استبراها بعد الوطي بحيضة وهو ضعيف فانهم زعموا انها بالوطي صارت فراشا كالنكاح وفيه يلزم الولد وان استبراها

لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطء وانه اكثر افضاء اولى ولنا ان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة

مع ان الحامل تحيض عند مالك والشافعي فلا يفيد الاستبراء وهم ينفصلون عن هذا بان الغالب ان لا تحيض والامر بالاستبراء اعتبارا للغالب فيحكم عنده وجوده بعدم الحمل حكما بالغالب ولو وطئها في دبرها لزمه الولد عند مالك مثله عن احمد وهو وجه ضعيف للشافعية **قوله** لانه لما ثبت هذا وجه قول الجمهور في ان النسب يثبت بما تاتي به الامة بمجرد وطئها وهو انه لما ثبت النسب بعقد البالغ حتى يثبت نسب ما تاتي به المنكوحة بعد العقد وان لم يعلم الوطء لوجوده بعد المضي الى الولد فثبوته بعد وطء البالغ وانه اكثر افضاء الى وجود الولد اولى وانما قيدنا بالبالغ لان الزوج الصبي لا يثبت به نسب وان كان العقد وضع للولد ولنا ان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع من قصده وهو سقوط تقومها عنده الى حقيقته ونقصانه عنده بها وكان الظاهر عدم قصده فكان الظاهر العزل ويتحقق ما قبل فلا يلزمه بمجرد الوطء وما قبل الوطء قد يقصد به وقد لا يقصد به فلا تعين عدمه قلنا ولا تعين وجوده كما قلتم فيبقى على الاصل من العدم واعلم ان اصل وليلهم فيه المنقول من حديث عائشة رضي الله عنها قال اختصم سعد بن ابي وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني في ابن وليدة زمعة فقال سعد يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن اخي عتبة بن ابي وقاص عهد الي انه ابنه انظر الى شبهه وقال عبد بن زمعة هذا اخي يا رسول الله ولد على فراش ابي فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى شبهه فراى شبها بينا بعتبة فقال هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة فلم تره سودة قط رواه الجماعة الا الترمذي واجيب بانه انما قضى به لعبد بن زمعة على انه عبد له ورثه لا على انه اخوه ولذا قال هو لك ولم يقل هو اخوك يا عبد وقال احتجبي منه يا سودة ولو كان اخا لها بالشرع لم يجب احتجابها منه فهذا دفع بانتفاء لازم الاخوة شرعا والاول باللفظ نفسه ودفع الاول بان في رواية اخرى هو اخوك يا عبد واما الامر بالاحتجاب فلما راى من الشبه البين بعتبة فيدفع الاول بان هذه الرواية مع معارضة لرواية هو اخوك وهي ارجح لانها المشهورة المعروفة فلا تعارضها الشاذة والشبه لا يوجب احتجاب اخته شرعا منه والا لوجب الآن وجوبا مستمرا ان كل من اشبه غير ابيه الثابت نسبه منه يجب حكما للشبه احتجاب اخته وعمته وجدته لابيه منه وهو منتف شرعا واذ قوله الولد للفراش ينفي به نسبه عن سعد بانه ابن اخيه وعن عبد بانه اخوه يعني الولد للفراش ولا فراش لواحد من عتبة وزمعة فهو حق عبد لك يا عبد ميراث لك من ابيك واعلم انه روي عن الامام احمد اما الميراث فله واما انت فاحتجبي منه فانه ليس لك باخ فهذا صريح بانه ليس اخا لها فيفيد انه ليس اخا لعبد بن زمعة وبه تقوى معارضة رواية هو اخوك وقوله اما الميراث فله يفيد انه اخوها فاما ان يحكم بضعف الحديث لتدافع متنه او يجمع بان المثبت الاخوة الشرعية والمنفي الاخوة الحقيقية وهو ان يكون من ماء رجل واحد وان الحكم الشرعي في عدم الاحتجاب ان يترتب على الاخوة بمعنى التخلق من ماء شخص واحد مع ثبوت النسب منه الا ان هذا يتعذر الوقوف عليه فاعتبر ثابتا بثبوت النسب ما لم يعارضه شبه غير المنسوب كما هو في الصورة المروية ثم يحمل هذا اذ ليس حكما مستمرا على ما ذكرنا خاصا بازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم لان حجابهن منيع وقد قال تعالى لستن كاحد من النساء وعلى هذا يجب حمل الوليدة على انها كانت ولدت لزمعة قبل ذلك ويكون قوله الولد للفراش يعني ام الولد وح فقوله هو لك اي مقتضي لك ويكون المراد انه اخوك كما هو الرواية الاخرى واما ما نقل عن عمر بن الخطاب رض انه قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعتزلونهن لا تاتيني وليدة يعترف سيدها انه قد الم بها الا الحقت به ولدها فاعتزلوا بعد ذلك او اتركوا رواه الشافعي رح فمعارض بما روي عن عمر رض انه كان يعزل عن جارية

فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة بعقد النكاح الا انه اذا نفاه ينتفى بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفى الولد بنفيه الا باللعان لتاكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعى لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روى عن ابى حنيفة

فجاءت بولد اسود فشق عليه فقال ممن هو فقالت من راعى الابل فحمد الله واثنى عليه ولم يلتزمه واسند الطحاوى عن عكرمة عن ابن عباس انه كان ياتى جارية فحملت فقال ليس منى انى اتيتها اتيانا لا اريد به الولد وعن زيد بن ثابت انه كان يطأ جارية فارسية ويعزل عنها فجاءت بولد فاعتق الولد وجلدها وعنه انه قال لها ممن حملت فقالت منك فقال كذبت ما وصل اليك ما يكون منه الحمل ولم يلتزمه مع اعترافه بوطئها والمروى عن عمر من قوله انه يلحق بالواطئ مطلقا جاز كونه علم من بعضهم انكار من يجب عليه استلحاقه وذلك انا بينا ان الواطئ اذا لم يعزل وحصنها وجب عليه الاعتراف به فقد يكون علم من الناس انكارا اولاد الاماء مطلقا فقال لهم انى ملحق بكم اولادهم مطلقا والا من لم منه الاعتزال فى الامر ان يعترف بمن يجب عليه الاعتراف به وينفى من يجب عليه نفيه او يجوز فانه لا يتعرض له **قوله** فان جاءت بعد ذلك اى بعد ان اعترف بولدها الاول ثبت نسبه بغير اقرار لانه بالاعتراف بالولد الاول يتعين كون الولد مقصودا من الوطء فصارت فراشا وبهذا تبين ان الاولى فى تعريف الفراش كون المرأة مقصودا من وطئها الولد ظاهرا كما فى ام الولد فانه اذا اعترف به ظهر قصده لذلك او وضعا شرعيا كالمنكوحة وان لم يقصد الولد فيثبت نسب ما ياتى به فالنكاح تكون متعينة بثبوت نسب ما تاتى به وهو الذى عرفوا به الفراش وظهر ان ليس الفراش ثلاثة كما تقدم فى فصل المحرمات بل فراشان قوى هو فراش المنكوحة وضعيف وهو فراش ام الولد بسبب ان ولدها وان ثبت نسبه بلا دعوة ينتفى نسبه بمجرد نفيه بخلاف المنكوحة لا ينتفى نسب ولدها الا باللعان وقد صرح لهم فيما تقدم ان الامة ليست بفراش لمولاها وذلك لعدم صدق حد الفراش عليها وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ما تاتى به او كونها يقصد بوطئها الولد الى آخر ما قلناه ومن الدلالة على ضعفه كونه يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة وعلى هذا ينبغى انه لو اعترف بعد ان كانت الامة لقصد الولد عند مجيئها بالولد ان يثبت نسب ما اتت به وان لم يقل هو ولدى لان ثبوته بقوله هو ولدى لدلالته على ان وطئه كان لقصد الولد وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس ينبغى انه اذا اقر انه كان لا يعزل عنها وحصنها ان يثبت نسبه من غير توقف على دعواه وان كان قد وجب عليه فى هذه الحالة الاعتراف به فلا حاجة الى ان يوجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه ابتداء واظن انه لا بعد فى ان يحكم على الذى بذلك وفى المبسوط انما يملك نفيه اذا لم يقض القاضى به او لم يتطاول الزمان فاما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا يملك ابطاله وتطاول دليل اقراره ولانه يوجد منه فيه دليل الاقرار من قبول التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح باقراره واختلافهم فى التطاول سبق فى اللعان هذا واذا ثبت نسب ما تاتى به فى حال حل وطئها له بعد الولد اما لو عرض بعده حرمة مؤبدة بان وطئها ابن سيدها او ابوه او وطئ السيد امها او ابنتها او حرمت عليه برضاع او بكتابة فانه لا يثبت نسبه منه الا باقراره ولا يخفى انه يجب ان يفصل بين ان تاتى به لاقل من ستة اشهر من حين عرض الحرمة او لتمامها ففى الاول يجب ان يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بان العلوق كان قبل عروض الحرمة ولو اعتقها ثبت نسب ولدها الى سنتين من يوم الاعتاق وكذا اذا مات لانها معتدة ولا يمكن نفيه لان فراشها تاكد بالحرية حتى لا يملك نقله فالتحق بفراش المنكوحة فى العدة بخلاف ما لو عرضت الحرمة بحيض او نفاس او صوم او احرام حيث يثبت نسبه بالسكوت لان الفعل لم يحرم مطلقا ولا متعلقا باختيار بل مع ذلك العارض الذى يعرض لا باختيارها المقتضى عادة بلا اختيار **قوله** وهذا الذى ذكرناه يعنى من عدم لزوم الولد وان اعترف بالوطء ما لم يدعه حكم اى فى القضاء يعنى لا يقضى عليه بثبوت نسبه منه بلا دعوة فاما الديانة فيما بينه وبين ربه تبارك وتعالى فالمروى عن ابى حنيفة انه اذا

وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد رحمهما الله ذكرناهما في كفاية المنتهى فإن زوجها فجاءت بولد فهو في حكم أمه لأن
حق الحرية يسري إلى الولد كالتدبير ألا يرى أن ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لأن الفراش له وإن
كان النكاح فاسدا إذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الأحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لأنه ثابت النسب من غيره

كان صلى الله عليه وسلم يعزل عنها وحصنها عن مظان ريبة الزنا يلزمه من قبل الله تعالى أن يدعيه بالإجماع لأن الظاهر والحالة هذه كونه منه والعمل بالظاهر
واجب إن كان عزل عنها وحصنها أو لا أو لم يعزل ولكن لم يحصنها تركها تدخل وتخرج بلا رقيب مأمون جاز له أن ينفيه لأن هذا الظاهر وهو كونه
منه بسبب أن الظاهر عدم زنى المسلمة يقابله أي يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين على ذلك وهما العزل أو عدم التحصين
وههنا نظر أن لفظ أو في قوله وإن عزل عنها أو لم يحصنها أولى من الواو لتنصيصها على المراد وصرح في المبسوط بذلك حيث قال فأما إذا عزل
عنها أو لم يحصنها فله أن ينفيه انتهى ولا شك في أن كونه من غيره عند مجرد العزل ظاهر إذ الظاهر كونه من غيره إذا أفضى إليها ولم يعزل
عنها محل نظر لما أورد أن المعلل وجوب الغسل بالتقاء الختانين من غير إنزال بأنه سبب الإنزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد
يخفى عليه لقلته فيقام مقامه فيقتضي هذا ثبوت النسب بعد الوطء وإن لم ينزل وإلا تناقض ولا يخفى أنه لا أحد يقول بثبوت نسب ما أتت
به الأمة بمجرد غيبوبة الحشفة بلا إنزال بل إنه يثبت عزل عنها أو لم يعزل وهذا فرع الإنزال فتح فالمذكور في الغسل بيان حكمة النص
فإنه قد نص على إيجاب الغسل بمجرد الإيلاج فظهر من الشرع فيه غاية الاحتياط ولم يثبت من الشرع مثله في الاستلحاق بل لا يجوز أن يستلحق
نسب من ليس منه كما لا يجوز أن لا يستلحق نسب من ليس منه فكان الاستلحاق مبنيا على اليقين أو الظهور الذي لا يقابله ما يوجب
شكا **قوله** وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف ومحمد ذكرهما في المبسوط فقال وعن أبي يوسف إذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك
حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل حصنها أو لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لأمرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه وهذا كمذهب
الشافعي والجمهور لأن ما ظهر سببه يكون محالا عليه حتى يتبين خلافه وعن محمد لا ينبغي أن يدعي ولدها إذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغي أن يعتق
الولد وفي الإيضاح ذكرهما بلفظ الاستحباب فقال قال أبو يوسف أحب أن يدعيه وقال محمد أحب أن يعتق الولد وعبارة المبسوط
يفيد الوجوب **قوله** فإن زوجها المولى فجاءت بولد يعني من الزوج فهو في حكم أمه حتى لا يجوز للسيد بيعه ولا هبته ولا رهنه ويعتق بموته
من كل المال ولا يسعى لأحد وله استخدامه وإجارته إلا أنه إذا كان جارية لا يستمتع بها لأنه وطئ أمها وهذه إجماعية وهي واردة على
الإطلاق حيث قال هو في حكم أمه وهذا لأن الصفات القارة في الأمهات تسري إلى الولد لأنه جزؤها فيحدث الولد على صفتها كالتدبير
ولهذا كان ولد القنة قنا وولد الحرة حرا وإن كان أبوه بخلافه ولو ادعاه لا يثبت نسبه منه لأنه ثابت النسب من الزوج لأن
فراشه أقوى فإن كان النكاح فاسدا فإنه يلحق بالصحيح في حق الأحكام وهذا إذا اتصل به الدخول والنسب لا يتجزى ثبوتا فلا يثبت
من المولى والأوجه الاقتصار على قوة الفراش فلا يثبت معه المرجوح وإلا فالولد يثبت من اثنين كما سيذكر وقول المصنف لأن الفراش له
يقتضي أن لا فراش للمولى حال كونها زوجة للغير أصلا وهذا إذا جاءت به لستة أشهر من النكاح فإن جاءت به لأقل فهو ابن السيد والنكاح
فاسد فيستحب بل يجب أن لا يزوجها حتى يستبرئها بحيضة احتياطا ولو لم يفعل صح النكاح ويثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق
بدعوة المولى وإن لم يثبت نسبه منه لإقراره بحريته حيث اعترف أنه ابنه من أمته تعلق حرا كما تقدم غير أنه عارضه في
ثبوت النسب منه معارض أقوى منه فلم يثبت نسبه به ولم تعارضه في ثبوت الحرية ذلك فأخذ بزعمه ولم يستحسن قول المصنف وتعليله
ولده لأن الكلام في تزويج أم الولد وإنما يحسن لو كان في تزويج الأمة التي ليست أم ولد كالصورة المذكورة في المبسوط

ويعتق الولد ويثبت نسبه منه لعلمه لاقراره. وإذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث. ولأن الحاجة إلى الولد أصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج. ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا. ولأنها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لأنه مال متقوم

زوج أمته من عبده فولدت فادعاه لا يثبت نسبه منه ولكن تصير أم ولد له وتعتق بموته لأنه أقر لها بحق الحرية وقد تكلف له أن قوله وولد القنة قن ابتداء وما بعده بناء عليه فكأنه قال وولد القنة قن ونسبه يثبت من الزوج إذا زوج مولاها فتح يستقيم إلا أنه خلاف الظاهر لأنه إنما ذكر لبيان سراية وصف الأم إلى الولد فيكون ابن أم الولد بمنزلتها **قوله** ويعتق الولد أي ولد أم الولد المزوجة الذي ادعاه يعتق لأنه ملكه وهو يزعم أنه ابنه وتصير أمه أم ولد له تعتق بموته لأنه أقر لها بحق الحرية حيث ادعى أن ولدها منه وعتق الولد ظاهر بل قد اعترف بأنه علق حرا من الأصل فإن قيل كيف يثبت أمومية الولد مع عدم ثبوت النسب وهي مبنية عليه أجيب بأن مجرد الإقرار بالاستيلاد كاف لثبوت الاستيلاد وإن كان في ضمن ما لم يثبت وهذا ما تقدم وعده مع أن احتمال كونه من السيد قائم لجواز وطئه قبل النكاح إلا أنه لم يظهر هذا الاحتمال في حق ثبوت النسب لثبوته من الزوج فبقي معتبرا في الأم لحاجتها إلى الأمومية الموصلة إلى العتق **قوله** وإذا مات المولى عتقت يعني أم الولد من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث وفي نسخة مكان لا يبعن لا يسعين وهو الموافق لتعليله ولا سعاية الخ لقوله لما روينا أي لأنه صلى الله عليه وسلم نفى السعاية عنها حيث قال وأن لا يسعين وما قيل وأن لا يبعن يدل على عدم وجوب السعاية لأن عدم جواز البيع يدل على عدم المالية الخ منقوض بالمدبر ثم لم يعرف هذا الحديث والشيخ جمال الدين الزيلعي بعد ذكره أنه غريب قال وفي الباب أحاديث وساق كثيرا من قدمنا ما ليس فيه زيادة على أنها لا تملك وتعتق بالموت ولا يخفى أن كلها في غير المقصود فإن المقصود أنها تعتق من كل المال وليس في شيء منها ذلك فإن عتقها لا يستلزم كونه من كل المال كالمدبر يعتق بالموت ولا يكون من كله وقد رواه عبد الملك بن حبيب المالكي في كتابه عن سعيد بن المسيب إلا أن جماعة تكلموا في عبد الملك **قوله** لأن الحاجة إلى الولد أصلية كحاجته إلى الأكل أي حاجته إلى أمه مساوية لحاجته إلى الولد ولهذا جاز استيلاده جارية ابنه بغير إذنه لحاجته إلى وجود نسله كما جاز له أكل ماله للحاجة وحاجته الأصلية مقدمة على الدين فلا تسعى لغرمائه وعلى الإرث فلا تسعى للورثة فيما زاد على الثلث إذا لم تخرج منه فصار إعتاقها كالدفن والتكفين بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج لا من الأصلية إذ ليس ثم نسب وله يتبعه أمه فلا يقدم حق المدبر على الدين ولا على حق الورثة فيعتق من الثلث فإن لم يسعه سعى في باقي قيمته ولو كان دين السيد مستغرقا سعى في كل قيمته على ما سلف **قوله** ولأنها أي أم الولد ليست مالا متقوما عند أبي حنيفة على ما تقدم حتى لا تضمن بالغصب عنده يعني إذا ماتت عند الغاصب حتف أنفها بخلاف المدبر إذا مات عند الغاصب فإنه يضمن وكذا لا تضمن بالقبض في البيع الفاسد ولا بالإعتاق بأن كانت أم ولد بين اثنين فأعتقها أحدهما لا يضمن لشريكه شيئا ولا تسعى هي في شيء أيضا وعندهما تضمن في ذلك كله بخلاف المدبر وإنما تضمن بالضمن به الصبي الحر عند أبي حنيفة بأن ذهب بها إلى طريق فيها سباع فأتلفها وأجمعوا أنها تضمن بالقتل لأنه ضمان دم وإن لم يكن مالا متقوما لا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص يعني إذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لأصحاب الديون أن يطالبوا من عليه القصاص بديونهم لأن القصاص ليس مالا متقوما حتى يأخذوا بمقابلته ما وجب عليه من القصاص مالا وقيل معناه إذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من قتله قصاصا وقيل معناه إذا قتل عبدا مديونا

قال واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقال زفر تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت واجب وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها لصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا احد الاولياء يجب المال للباقين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت في حيوتها لا ترد قنة لانها لو ردت قنة لاعيدت مكاتبة لقيام الموجب ومن استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي رحمه الله لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور ...

وعتق المديون قبل موته صحيح وليس لارباب الديون ان يمنعوه من العفو وقيل اذا قتل شخص من يجب عليه القصاص لا يضمن القاتل لولي القصاص شيئا لانه ليس حقا ماليا والاقرب التبادر الاول **قوله** واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها يعني اذا اسلمت فعرض الاسلام على مولاها فابى فانها يجبرها القاضي على السعاية بان يقدر قيمتها فينجمها عليها فتصير مكاتبة الا انها لا ترد الى الرق ولو عجزت نفسها لانها لو ردت الى الرق ردت الى الكتابة ثانيا لقيام الموجب فلا فائدة في اثبات حكم التعجيز وعلى هذا اذا اسلم مدبر النصراني وتسميته مثل هذا ورد على القشيرية الا انه لا لازم ليس الا ما ذكرنا من عدم الفائدة وهذا يجب لظاهر انها لا تعتق الا بذلك والا لو وجدت المال في الحال لم يحتج الى ذلك وقال زفر يعتق للحال اي لحال اباء مولاها الاسلام فالسعاية دين عليها فتطالب بها وهي حرة فان اسلم عند العرض فهي على حالها بالاتفاق بخلاف ما لو اسلم بعده وقال مالك وابن ابي ليلى تعتق مجانا وقال الشافعي واحمد يحال بينهما فلا يمكن من الخلوة بها فضلا عن انتفاع من الانتفاعات ويجبر على نفقتها الى ان يموت فتعتق بموته ويسلم له وجه قول زفر ان النظر ورفع الضرر عن الذمي واجب لذمته وعن المسلم لاسلامه وذلك في اعتاقها بالقيمة لا بخلافه مجانا كما قال مالك فانه اهدار ما يجب له من النظر اذا امكن وما قول الشافعي ففيه زيادة اضرار بها من ايجاب النفقة بلا انتفاع مع امكان دفعه عنه قلنا الامر كما ذكرت غير ان قولنا ادفع للضرر عنه فانه لا يصل الى البدل عقيب عتقها لانها تعتق مفلسة وربما تتوانى في الاكتساب اذا كان مقصود العتق قد حصل لها قبله فيتضرر الذمي بذلك وتتضرر هي بشغل ذمتها بحق ذمي وربما تموت قبل ايفائها حقه وقد قال علماؤنا خصومة الذمي والدابة يوم القيامة اشد من خصومة المسلم بخلاف ما اذا توقف عتقها على الاداء فانه حامل لها على الايفاء فكان اعتبارنا اولى اذا كان النظر للجانبين وقوله ومالية ام الولد الخ جواب سوال يرد على ابي حنيفة في قوله بعدم مالية ام الولد وهو انها كيف تسعى في قيمتها ولا قيمة لها لانتفاء المالية عنده فقال الذمي يعتقد تقومها فيترك وما يعتقده اي مع ما تعتقده لانا امرنا بذلك فقد امرنا باعتبارنا متقومة في حقه وقد تقدم ان قيمة ام الولد ثلث قيمتها قنة مع الخلاف فيه ولو سلم انها ليست متقومة مطلقا فهي محترمة وهذا يكفي لايجاب الضمان وان لم يكن المضمون مالا كما في القصاص المشترك بين مستحقين اذا عفا احد الاولياء المستحقين يجب المال للباقين لانه احتبس نصيبهم عند القاتل بعفو من عفا وليس نصيبهم حقا ماليا بل حق محترم فيلزمه بدله بمنزلة انه ملكه بل بدل فيتضرر الذمي الا ان هذا لو تم استلزم التضمين بغصب المنافع وغصب ام الولد حيث اعتبر للضمان مجرد الاحترام ووجه ايضا بان بدل الكتابة بمقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر فلم تدل السعاية على تقوم ام الولد وانت سمعت في العتق على جعل وجه كون ذلك المال عند ابي حنيفة بدلا هو مال خارج اليد وان كونه بدل ما ليس بمال قول محمد واذا مات مولاها النصراني عتقت وسقطت عنها السعاية لانها ام ولد له **قوله** ومن استولد امة غيره بالنكاح يعني تزوج امة لغيره فولدت له ثم ملكها صارت ام ولد له بذلك الولد الذي ولدته بعقد النكاح ولو كان نكاحا فاسدا وهو قول احمد في رواية وقال الشافعي لا تصير ام ولد له وهو قول مالك وعلى هذا الخلاف لو جاءت به من وطء بشبهة فملكها ثم عندنا تصير ام ولد له من وقت ملكها الا من وقت العلوق وعند زفر من وقت ثبوت النسب لان امومية الولد عند الملك بالعلوق السابق فبعد ذلك العلوق كل من ولد له ثبت له حق الحرية ونحن نقول انما ثبت فيها وصف الامومية بعد الملك ان كان بامر متقدم فقبله الولد منفصل لا سراية في المنفصل قبل الامومية ويتفرع على هذا ان لو ملك ولدها من غيره قبل ان يملكها له بيعه عندنا خلافا له لانه ليس ابن ام ولده بخلاف ما لو ملك ولده منها قبل ملكها فانه يعتق اتفاقا وفي المبسوط لو طلقها فتزوجت بآخر فولدت منه ثم اشترى الكل صارت ام ولد له وعتق ولده وولدها من غيره يجوز

له انها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد

بيعه خلافا لزفر بخلاف الحادث في ملكه من غيره فانه في حكم امه ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت او بنكاح على انها حرة فظهرت امة تصير ام ولد عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تصير وفي آخر لا تصير ام ولد لان الولد المغرور حر بالقيمة يوم الخصومة **قوله** اي للشافعي انها علقت برقيق فلا يكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا وانما قلنا ان الامومية باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل وهو حر فلا بد ان تستحق هي الحرية وما اعترض من تعرض نظره على خصوص المذكور بان الرق في ام الولد مستمر الى موت سيدها والولد علق حرا فقد خالف الجزء الكل وهذا لانه جزء منفصل ليس كالمتصل وتمام تقرير المذكور يدفع هذا الاعتراض وانما اقتصر المصنف اقتصارا للعلم بقية التقرير وحاصل الوجه المذكور ان جزءها حر ومقتضاه حريتها اذ لا يخالف الجزء الكل الا ان الاتصال بعرضية الانفصال والولد وان كان جزءا حالة الاتصال لكنه جعل كشخص على حدة في بعض الاحكام حتى جاز اعتاقه وحده فاثبتنا حق الحرية لا حقيقتها عملا بشبهي الجزئية والحرية وعدمها لما بقي منها في الحال وهذا المعنى لا يوجد اذا علقت برقيق ويتأيد هذا بقوله عليه السلام ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه فتقدم الحديث فشرط في ثبوت حق العتق ان تلد من سيدها وهذه ولدت من زوجها ولنا ان سبب الامومية في محل الاجماع وهو الاصل هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل يعني عند قوله اول الباب ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بسبب الولد والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كملا فتثبت الجزئية بناء على ثبوت النسب فثبوت استحقاق الحرية بناء على ثبوت الجزئية الثابت بناء على ثبوت النسب وهو ثابت في الزوج فتثبت الامومية بخلاف الزنا فانه لا نسب يثبت للولد من الزاني فيه فلا تصير الامة التي جاءت بولد من الزنا اذا ملكها الزاني ام ولد له استحسانا خلافا لزفر حيث قال تصير ام ولد له وهو القياس فان قيل فكان ينبغي ان لا يعتق الولد اذا ملكه ابوه من الزنا اذا كان لا يثبت نسبه منه اجاب بقوله وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره اي نظير ام الولد من الزنا حيث لا يعتق عليه لعدم انتسابه الى ابيه من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه لا ينسب اليه بغير واسطة بل بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة حتى لو كانت ثابتة عتق كما اذا كان اخاه لامه فصار الحاصل ان الامومية تتبع ثبوت النسب عند الملك والعتق المنجز يتبع حقيقة الجزئية عند الملك او ثبوت الانتساب اليه بواسطة ثابتة وقوله عليه السلام ايما امة الحديث ليس فيه قصر الامومية على السيد بل انما تثبت منه غير متعرض لنفيها من غيره فاذا صح تعليقه بثبوت نسب ما يأتي به منه تثبت من غيره اذا ثبت النسب منه وقد صح من الزوج فتثبت بالولادة منه وهذا لانا ننفي المفهوم المخالف وهم وان اثبتوه قدموا عليه القياس فاذا صح قياس الزوج على السيد في ثبوت الامومية لزم على المذهبين الا انه يشكل على تعليلنا اذا ادعى نسب ولد امته التي زوجها من غيره فان نسبه انما يثبت من الغير لا من السيد وتصير ام ولد له وجوابه ان ثبوت الامومية لاقراره بثبوت النسب منه وان لم يصدقه الشرع فكان دائرا مع ثبوت النسب شرعا او اعتبارا ومما تنتفي منه الامومية ما ذكر في الايضاح امة جاءت بولد فادعاه اجنبي لا يثبت نسبه صدقه المولى او كذبه فان ملكه المدعي عتق ولا تصير امه ام ولد له **قوله** واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد للاب سواء كان الابن وطئها او لا لان حرمة الوطء لا تمنع ثبوت النسب كالوطء في الحائض وعليه قيمتها لانه ملكها قبيل الوطء بالقيمة ليقع الوطء في ملكه وليس عليه عقرها لسبق ملكه الوطء ولا قيمة ولدها لانه انعلق

عبده

النقد

وان وطئ اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال بقاء الاب ولو كان الاب ميتا يثبت من الجد كما يثبت نسبه من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد لا يتعلق من مائين

ر التقدم الملك على الام وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في باب نكاح الرقيق من كتاب النكاح للشافعي قولان احدهما تصير ام ولد ويضمن قيمتها ومهرها وهو بناء على اثباته الملك حكما للوطء اولو اثبته سابقا عليه لم يحتج لايجاب المهر والقول الآخر لا تصير ام ولد ويلزم المهر لانه لم يملكها وهو قول احمد وعلى هذا يستمر على ملك الابن ومذهب مالك انه يملكها بالقيمة بمجرد الوطء حملت اولا واذا كان تملكا لا نماء حرفه انه لا يصح دعواه ولد مدبرة ابنه ولا ام ولده اذ لا يقبلان انتقال الملك فيهما فان كان في لفظ الجارية عرف بخروجها نفت ما خرجتا باللفظ والا فهما بالحكم المذكور بل لشرط صحة هذا الاستيلاد ان تكون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة وان يكون الاب صاحب ولاية من ذلك الوقت الى الدعوة ايضا فلو باع الابن الجارية ثم عادت اليه بشراء ورد وولدت لاقل من ستة اشهر منذ باعها فادعاه الاب لم تصح دعوته الا ان يصدقه الابن كما اذا ادعى الاجنبي ذلك وصدقه وكذا دعوة الجد لو كان مكان الاب وكذا لو كان الاب كافرا ثم اسلم او عبدا فعتق او مجنونا فافاق فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من الاسلام والعتق والافاقة الى الدعوة فادعاه لا يصح لعدم الولاية الا ان يصدقه اما المعتوه لو ادعاه بعد افاقته وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر من افاقته ففي القياس لا يصح لعدم ولايته عند العلوق وفي الاستحسان يصح لان العتة لا يبطل الحق والولاية بل يعجز عن العمل ولو كان الاب المدعي مرتدا فهي موقوفة عند ابي حنيفة ان عاد الى الاسلام صحت والا لا وعندهما صحيحة وهي فرع تصرفات المرتد لانه يملكها بالقيمة فكان كالبيع وهو موقوف عنده خلافا لهما وكان ينبغي ان تتوقف عندهما ايضا لان تصرف المرتد في مال ولده موقوف عندهما ايضا لكنها تضمنت التصرف في مال نفسه وفيه لا يتوقف لا سيما في النسب لانه يحتاط في اثباته فينفذ **قوله** وان وطئ ابو الاب مع بقاء الاب مسلما حرا عاقلا لم يثبت النسب منه لان شرط صحته قيام الولاية على ما ذكرنا ولا ولاية للجد مع وجود الاب متصفا بما قلنا بخلاف ما اذا كان الاب ميتا او حيا كافرا او عبدا او مجنونا فانه يصح استيلاده جارية ابن ابنه لقيام ولايته في هذه الاحوال ولو كان الاب مرتدا لم تصح دعوة الجد عندهما لان تصرفات المرتد نافذة عندهما فمنعت تصرف الجد وعند ابي حنيفة موقوفة فان اسلم الاب لم تصح دعوة الجد وان مات على ردته او لحق وقضي بلحاقه صحت لو باع ابن الابن الجارية ما لم ثم استردها فولدت لاقل من ستة اشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجد كما ذكرنا في الاب **قوله** واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه سواء كانت في المرض او الصحة وكذا اذا ادعاه احدهما واعتق الآخر معا فالدعوة اولى لتضمنها ثبوت نسب الولد دون اعتاق الآخر وسواء كان المدعي مسلما او كافرا لانه لما ثبت النسب في نصفه المملوك له من الجارية ثبت في الباقي ولفظ في يحمل على معنى من التي لابتداء الغاية اي ثبت من نصفه الامة المملوكة له لا تكون للتعليل كقوله عم امرأة دخلت النار في هرة اي لما ثبت نسب الولد بسبب نصفه المملوك له لان قوله فيثبت في الباقي يتبرأ عنه وحاصل المعنى انه ثبت النسب من نصف الام فيثبت من كلها لانه اي النسب لا يتجزى ثبوته من امرأة فثبوته من بعضهما ثبوته من كلها ولا يقال سيأتي انه يثبت من جانبين لنسبها الى رجلين وانما ليس ذلك تجزيه من امرأة لان النسب ثبت من كل منهما كاملا من بعضهما الواحد دون البعض الآخر وانما لا يتجزى لان سببه وهو العلوق لا يتجزى في امرأة بان يعلق الولد من ماء رجلين على قولنا لانها اذا علقت من الاول انسد فم الرحم فلا تعلق من الآخر وعلى قول غيرنا لا يمتنع بل واقع على قول بعض مثبتي القيافة على ما سيأتي فعدم التجزي ان لا تعلق

وصارت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة رح يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه
اذ هو قابل للملك ويضمن نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب
صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا
ملك نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك

الولد نصفها **قوله** وصارت ام ولد له اتفاقا اما عندهما فلان الاستيلاد لا يتجزى كما لا يتجزى ثبوت النسب فلا يصير نصفها ام ولد له ثم يتملك نصف شريكه بل تصير كلها ام ولد وعنده يصير نصفها ام ولد ثم يتملك الآخر لانه قابل للنقل ولا يمتنع تجزي الامومة كما امتنع تجزي ثبوت النسب لان معنى كونها ام ولد هو ثبوت استحقاقها العتق بالموت والعتق يتجزى عنده بمعنى زوال الملك فجازت امومة نصفها بمعنى انه يستحق نصفها بالموت ثم يثبت حكم عتق البعض من الاستسعاء في الباقي او اعتاقه اسلم آخر ما عرف لكن لما كان النص المفيد لتجزي العتق اوجب ان لا يقر بعضه عتيقا وبعضه رقيقا والامومة شعبة من العتق وجب فيها اذا صار بعضها ام ولد بمعنى استحق بعضها العتق ان يستحقه كلها ولا يبقى بعضها رقيقا وبعضها مستحقا للعتق والحاصل ان الاتفاق على انه لا يستقر تجزيها في حق الامومة بل التجزي في الابتداء ثم يتم الكل عنده وعندهما صارت ام ولد من اول الامر ثم لا يخفى ان تعليل تملك نصيب شريكه بانه قابل للتملك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل لقال مانع للتجارة والعلم ولو قيل لانه الطريق عند جنونا وكونه افسد نصيب شريكه بالاستيلاد لا يستلزم تعين الضمان على معنى لا يجوز تركه من الشريك بل الثابت به جواز ان يضمنه وللانسان ترك حقه وههنا لو رضي الشريك بترك تضمينه فليصير نصفها ملكا له ونصفها ام ولد للآخر فلو مات المستولد يعتق نصفها ويرق نصفها الآخر او يسعى له اذ ذاك لا يجوز فليس الموجب للنقل الا المانع من النص الدال على انه اذا اعتق البعض لا يبقى البعض رقيقا والحق حق الحرية بحقيقتها وتعتبر قيمة نصفها يوم وطئها الذي علقت منه وكذا النصف العقر وانما وجب نصف عقرها على المستولد لانه وطئ جارية مشتركة لان الملك في نصف شريكه ثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه وهو وان كان مقارنا للعلوق لاستناده اليه فهو مسبوق بالوطء وبابتدائه يثبت بالمهر فلا يسقط بالانزال فلزم سبق وجوب المهر الاستيلاد بالضرورة على كل حال فيسقط ما اصابه منه ويضمن حصة شريكه وما قيل الاصح ان حكم العلة يقارنها في الخارج لم يخترع المعنى وقد ملأ الكتاب من ذلك واوله من باب من تجوز دفع الصدقة في خلافية زفر فيما اذا دفع النصاب الفقير منعه زفر لان الدفع قارن الغنى فاجاب بانه حكم الدفع فيتعقبه ثم لم يزل يكرره في كل ما هو مثله ثم ضمان قيمة نصف الشريك لازم يسارا واعسارا لانه ضمان تملك كالبيع وعن ابي يوسف ان كان المدعي معسرا سعت ام الولد لان منفعة الاستيلاد حصلت لها وانما لا يضمن الاب اذا استولد جارية ابنه العقر لان ملكه ثبت شرطا للاستيلاد لانه لا ملك له يكفي لصحة الاستيلاد فيتقدم ليقع الوطء في ملكه فان قيل الملك يثبت ضرورة الاستيلاد وهو بالعلوق ولا يلزم من تقدمه على العلوق تقدمه على الوطء اجيب بان الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب فالتقدم على العلوق تقدم على الفعل الذي به الاستيلاد ومنه الوطء فاعتبر مقدما عليه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق وملكه ثبت في ذلك مثل ذلك الوقت ايضا فلم يعلق شيء منه على ملك الشريك بل علق حرا فلم يضمن لشيء واعلم ان مقتضى ما ذكره المصنف ان الملك في نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه ان العلوق قبل ذلك نصيب شريكه فيحصل مملوك النصف له ونصفه لشريكه والاستيلاد والنسب الى العلوق بعد ما وقع في ملك الشريك لا يوجب ان لا يعلق منه شيء على ملكه الا ان يمكن يكون اراد بالاستيلاد في قوله حكما للاستيلاد الوطء لانا نقول الاستيلاد اما ان يطلق على العلوق او على مجموع الوطء مع الانزال والعلوق

وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من ماءين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله عليه السلام بقول القائف في اسامة

اما مجرد الوطي بلا انزال فلا ولو سلم لم يصح ثبوت المكاسب لان نقلها من ملك الشريك الى ملك المستولد يصيرها ام ولد له ولا تصير الا بالعلوق فلا يجوز نقلها قبله لانه بلا موجب والاعتراض السابق بان حكم العلة معها في الاصح لا يفيد لان نقلها مع العلوق ايضا بلا موجب لانها مالم تصر ام ولد لم يلزم النقل فالوجه جعله معقبا للعلوق بلا فصل قليل ولا كثير ولا ضمان لانه حر مار حين لا قيمة له فلا يضمن وحين صار بحيث يضمن لم يكن على ملك الشريك لان الام حين انتقلت الى ملك المستولد انتقلت باجزائها ومن جملتها ذلك الماء هذا اذا حملت على ملكهما فان اشترياها حاملا فادعاه احدهما ثبت نسبه منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لانه لا يمكن استناد الاستيلاد الى وقت العلوق لانه لم يحصل في ملكهما ولذا لا يجب عليه عقر لشريكه هنا لكن لما ادعى نسب ولد مشترك بينهما كانت دعوة ملك وهي كالاعتاق الموقع الا انه تضمن تغيب شريكه في اليسار والاعسار لانه ضمان تملك كالبيع ولا عقر لشريكه هنا لان الوطي لم يوجد في ملك شريكه **قوله** وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما وكانت الامة ام ولد لهما فتخدم كلا منهما يوما واذا مات احدهما عتقت ولا ضمان للحي في تركة الميت لرضى كل منهما بعتقها بعد الموت ولا تسعى للحي عند ابي حنيفة لعدم تقومها وعلى قولهما تسعى في نصف قيمتها له ولو اعتقها احدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت ولا سعاية في قول ابي حنيفة وعلى قولهما يضمن ان كان موسرا وتسعى ان كان معسرا وعلى كل احد منهما نصف العقر فيلتقيان قصاصا بماله على الآخر وفائدة الايجاب العقر مع التقاص انه ان احدهما لو ابرأ احدهما من حقه يبقى حق الآخر وايضا لو قوم نصيب احدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له ان يدفع الدراهم ويأخذ الذهب ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث اب واحد فهذه احكام دعوتهما ذكرها القدوري ومنها انه للباقي منهما حتى اذا مات احدهما كان كل ميراث الابن للباقي منهما وفرق المصنف بينهما بوجه كل منهما فقال وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما جميعا وسنفيده بما اذا لم يكن مع احدهما مرجح فلو كان بان الشريكان ابا وابنا فان النسب يثبت من الاب وحده وكذا اذا كان احدهما ذميا يثبت من المسلم وحده وفيه خلاف زفر فيثبت منهما ويكون مسلما وقيد هنا بما اذا حملت على ملكهما وهو ان تلده لتمام ستة اشهر يعني فصاعدا ولو سنتين منذ ملكاها واحترز به عما اذا كان الحمل على ملك احدهما نكاحا ثم اشترياها هو وآخر فولدت لاقل من ستة اشهر من الشراء فادعياه فهي ام ولد المزوج فان نصيبه صار ام ولد له والاستيلاد لا يحتمل التجزي عندهما ولا بقاؤه عنده فيثبت في نصيب شريكه ايضا وايضا ما اذا حملت على ملك احدهما رقبة فباع نصفها من آخر فولدت يعني لتمام ستة اشهر من بيع النصف فادعياه يكون الاول اولى لكون العلوق في ملكه واذا كان الحمل قبل ملك كل منهما بان اشتراها امة فولدت لاقل من ستة اشهر من حين ملكاها او ولدته قبل ملكهما اياها فاشترياها فادعياه لا تكون ام ولد لهما لان هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة بخلاف الاستيلاد بان شرطها كون العلوق في الملك وتستند الحرية الى وقت العلوق فيعلق حرا وقدمنا في كتاب العتق اختلاف المشائخ فيما اذا قال لعبده هذا ابني وامه في ملكه هل تصير ام ولد له او لا فقيل نعم في مجهول النسب او معلومه وقيل لا فيهما وقيل نعم في مجهوله لا في معلومه فيحمل ذلك على انه حكم عند جهلنا بحال العلوق وبقولنا قال سفيان الثوري واسحق بن راهويه وكان الشافعي يقول في القديم ورجع عليه احمد حديث القافة وقيل يعمل به اذا فقدت القافة وقال الشافعي يرجع الى قول القائف فان لم يوجد قائف وقف حتى يبلغ الولد فينتسب

ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وللباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب

الى ايهما شاء. فان لم ينتسب الى واحد منهما كان نسبه موقوفا لا يثبت النسب من غيرهما. والقائف هو الذي يتبع آثار الآباء في الابناء وغيرها من الآثار من قاف اثره يقوفه مقلوب قفا اثره مثل راء مقلوب رأى والقيافة مشهورة في بني مدلج فان لم يكن مدلجي فغيره وهو قول احمد وقال به مالك في الاماء وهذا لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا بان الولد لا يتخلق من مائين لانها كما تعلق من رجل انسد فم الرحم متعذر فعلمنا بالشبه وهذا يفيد ان القافة لو الحقوه بهما لا يلحق وهو قول الشافعي انه يبطل قولهم اذا الحقوه بهما وقد ثبت العمل بالشبه بقول القائف حيث سر رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما اخرج في كتبهم كلهم من سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا فقال يا عائشة الم تري ان مجززا المدلجي دخل علي وعندي اسامة بن زيد وزيد عليهما قطيفة وقد غطيا رؤسهما وبدت اقدامهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض وقال ابو داود وكان اسامة اسود وكان زيد ابيض ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح في هذه الحادثة ذكر ان شريحا كتب الى عمر بن الخطاب في جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه فكتب اليه عمر رضي الله عنه لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع والله اعلم بذلك قال ولانهما استويا في سبب الاستحقاق يعني الدعوة مع الملك فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية كالارث والنفقة وصدقة الفطر وولاية التصرف في ماله والحضانة فلا يقبل التجزى كالارث وما ذكرنا يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها كالنسب وولاية الانكاح يثبت لكل منهما كملا كان ليس معه غيره واعلم ان المعروف في قصة عمر رضي الله عنه هو ما قال سعيد بن منصور ثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رضي الله عنه في امراة وطئها رجلان في طهر فقال القائف قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما وقال الشعبي وعلي يقول هو ابنهما وهما ابواه يرثانه ذكره سعيد ايضا وروى الاثرم باسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امراة فحملت فولدت غلاما يشبههما فرفع ذلك الى عمر رضي الله عنه فدعى القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فالحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عروة بن الزبير ان رجلين ادعيا ولدا فدعى عمر القافة واقتدى في ذلك ببعض القافة والحقه احد الرجلين ثم ذكر ايضا عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر عن ايوب عن ابن سيرين قال لما دعى عمر رضي الله عنه القافة فراوا شبهه فيهما وراى عمر مثل ما رات القافة قال قد كنت اعلم ان الكلبة تلد لاكلب فيكون كل جرو لابيه ما كنت ارى ان مائين يجتمعان في ولد واحد واسند عبد الرزاق ايضا عن معمر عن قتادة قال راى القافة وعمر جميعا شبهه فيهما وشبههما فيه وقال هو بينكما يرثكما وترثانه قال فذكرت ذلك لابن المسيب فقال نعم هو للآخر منهما وقول المصنف وعن علي مثل ذلك يشير الى ما اخرج الطحاوي في شرح الآثار عن سماك عن مولى لآل مخزوم قال وقع رجلان في طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من ايهما هو فاتيا عليا فقال هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقي منهما ورواه عبد الرزاق اخبرنا سفيان الثوري عن قابوس بن ابي ظبيان عن علي قال اتاه رجلان وقعا على امراة في طهر فقال الولد بينكما وهو للباقي منكما وضعفه البيهقي قال يرويه سماك عن رجل مجهول لم يسمه وقابوس وهو غير محتج به عن ابي ظبيان عن علي قال وقد روي عن علي مرفوعا خلاف ذلك ثم اخرج من طريق ابي داود ثنا خشيش بن اصرم ثنا عبد الرزاق انا الثوري عن صالح الهمداني عن الشعبي عن عبد خير عن زيد بن ارقم قال اتى علي رضي الله عنه وهو باليمن بثلاثة وقعوا على امراة في طهر واحد فسال اثنين اتقران لهذا بالولد قالا لا حتى سالهم جميعا فجعل كلما سال اثنين

وان كان لا نعم هو لكن يتعلق به احكامه متجزية مما يقبل التجزية يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره

قال فاقرع بينهم فالحق الولد بالذي صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثي الدية قال فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى
بدت نواجذه انتهى واعلم ان ابا داود رواه ايضا موقوفا وكذا النسائي عن علي رضي الله عنه باسناد اجود من اسناد المرفوع وكذا رواه الحميدي
في مسنده وقال فيه وغرمه ثلثي قيمة الجارية لصاحبيه وهو حسن يبين المراد بالدية فيما قبله وحاصل ما تحصل من هذا انه صلى الله عليه وسلم
سر بقول القائف وان عمر رضي الله عنه قضى على وفق قوله واما علي رضي الله عنه فلم يتكرر اثبات على النسب بالقرعة ولا شك ان المعول عليه ما نسب الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم وذلك هو سروره بقول القائف فاجاب المصنف عنه بان سروره كان لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رضي الله عنه لما
تقدم من ابي داود انه كان اسامة اسود وكان زيد ابيض فكانوا لذلك يطعنون في ثبوت نسبه منه وكانوا مع ذلك يعتقدون القائف فكان قول
القائف مقطعا لطعنهم فسروره لا شك انه لما يلزمه من قطع طعنهم واستراحة مسلم من التاذي بنفي نسبه وظهور خطائهم والرد عليهم فيحتمل
مع ذلك كون القيافة حقا في نفسها فيكون متعلق سروره ايضا وليست حقا فيختص سروره بما قلنا فلزم ان حكمنا بكون سروره
بها نفسها فرع حكمنا بانها حق فيتوقف على ثبوت حقيتها ولم يثبت بعد وطعن بعضهم بعين المضارع بالريح وفي النسب واعلم انه استدل
على صحة القيافة بحديث اللعان حديث قال صلى الله عليه وسلم فيه ان جاءت به اصيهب اثيبج حمش الساقين فهو لزوجها وان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج
الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به وهذه هي القيافة وهو الحكم بالشبه واجاب اصحابنا بان معرفة ذلك صلى الله عليه وسلم من طريق الوحي
لا للقيافة وقد يقال الظاهر عند ارادة تعريفه ان يعرف انه ابن فلان والحق انه ينقلب عليهم لانه لو كانت
القيافة معتبرة لكان شرعية اللعان تختص بما اذا لم يشبه المرمي به بشبه الزوج او لا لحصول الحكم الشرعي
بانه ليس ابنا للنافي وهو يستلزم الحكم بكذبها في نسبة الولد وقد اجيب ايضا بانه لا يلزم من حقية قيافته صلى الله
عليه وسلم حقية قيافة غيره وفيه نظر فان القيافة ليس الا باعتبار امور ظاهرة يستوي الناس في معرفتها ثم انه عليه السلام
سر بعمل علي رضي الله عنه وهو الحاكم بالقرعة وقد نقل ذلك عن بعض العلماء وطرقه صحيحة كما تقدم وهو يستلزم ان القرعة طريقة صحيحة لتقريره عليه السلام اياه بل سروره فان
الضحك دليل مع عدم الانكار واذا لم يقل به يلزمه الحكم بنسخه غير انه يبقى ما ثبت عن عمر رضي الله عنه من العمل بقول القائف فانه من القوة بكثرة الطرق بحيث
لا يعارضه المروي عنه في قصة شريح تخفيفا سندا وعدم تثبيتا وان كانت قصة مرسلة فان سليمان بن يسار عن عمر رضي الله عنه مرسل وكذا عروة عنه لكنهما امامان
الاعمش قوي امين مع حجية المرسل عندنا فكيف به من هذين على ان قول سعيد بن المسيب رضي الله عنه في اسناد عبد الرزاق ربما يكون كالموصول لعمر رضي الله عنه لان سعيدا
روى عن عمر رضي الله عنه وبالجملة فلا خلاف في ثبوت مثل هذا واذا ثبت عمل عمر رضي الله عنه بالقائف لزم ان ذلك الاحتمال في سروره عليه السلام وهو كون الحقية من متعلقاته
ثابت والشافعي رحمه الله لما لم يقل بنسبة الولد الى اثنين يلزمه اعتقاد ان فعل عمر رضي الله عنه كان عن رأيه لا بقول القائف فيلزمه القول بثبوت
النسب من اثنين او خلل محل الاجماع عن الصحابة وهو ملزوم لاحد الامرين اما سروره عليه السلام لم يكن متعلقا الا برد طعنهم او ثبوت نسخه بقول
الا انا لا نقول به منهما كما يفهم من بعض العبارات ان الماءين لا يجتمعان في الرحم الا متعاقبين فاذا انسد فم الرحم انه خلق من الاول لم يتصور خلقه
من الثاني بل انه يزيد في الاول في سمعه وقوة وفي بصره واعضائه واما التعليل بانه ينسد فم الرحم فقاصر على قولنا ان الحامل
لا تحيض فاما من يقول تحيض لا يمكنه القول بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم بانه في نفس الامر من ماء احدهما

الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر او كان احدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسُرّ رسول الله النبي عليه السلام فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر تقاصّا بما له على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لاستوائهما في السبب كما اذا اقاما البينة وكذا اذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف رح انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن

ثم كما يثبت نسبه من اثنين يثبت نسبه من ثلاثة واربعة وخمسة واكثر وقال ابو يوسف لا يثبت من اكثر من اثنين لان القياس ينفي ثبوته من اثنين لكنه ترك لاثر عمر وقال محمد رح لا يثبت لاكثر من ثلثة لقرب الثلثة من الاثنين ولابي حنيفة رح ان سبب ثبوت النسب من اكثر من واحد الا استواء في الدعوة فلا فرق فلو تنازع فيه امرأتان تقضي به بينهما عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يقضى للمرأتين فلا يلحق الا بواحدة ولا فرق بين كون الانصباء متفاوتة او متساوية في الجارية في دعوى الولد ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كل يزعم انه ابنه من هذه المرأة وهي تصدقه فعند ابي حنيفة يقضى به بين الرجلين والمرأتين وعندهما يقضى به بين الرجلين فقط فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضى به بينهم وعندهما يقضى به للرجل لا للمرأتين **قوله** الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر استثناء من قوله وما لا يقبلها وعلمت ان النسب يثبت في حق كل منهما كملا وفي المبسوط امة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم اولى لاجتماع الحرية والاسلام فيه مع الملك فانه لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمي اولى لانه حر والمكاتب والعبد وان كانا مسلمين لكن يؤثر الولد تحصيل الاسلام دون الحرية ثم المكاتب لان له حق ملك والولد على شرف الحرية باداء المكاتب وان لم يكن مكاتب فادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لانه ليس لهم ملك لا شبهة قيل ويجب ان يكون هذا الجواب في العبد المحجور وهبت له امة ولا يتعين ذلك بل ان تزوج منها ايضا ولو كانت الدعوة بين ذمي ومرتد فالولد للمرتد لانه اقرب الى الاسلام وعزم كل لصاحبه نصف العقر **قوله** وكانت الام ام ولد لهما لصحة دعوى كل منهما في نصيب الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها ولا يضمن واحد منهما لشريكه شيئا لانه لم ينتقل اليه من نصيب شريكه شيء **قوله** ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله حيث ادعى انه ابنه وحده واقراره حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لان دعوى كل منهما الانفراد بالابوة لا يسري في حق الآخر وقد استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوة المقرونة بالملك فصار كما اذا اقاما البينة على شيء يصير مشتركا بينهما فكذا اذا اقاما البينة على ابن مجهول النسب يكون بينهما لاتحاد الجامع **قوله** واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وان كذبه لا يثبت نسب الولد لكن اذا ملكه يوما من الدهر فح يثبت نسبه منه لما سيذكر وعن ابي يوسف رح انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت نسبه منه بمجرد دعوته غير مفتقر الى تصديقه وقوله وهذا قول سائر العلماء اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه بجامع ان الموطوءة كسب كسب المدعي او بطريق اولى لان للمولى في المكاتب ملك رقبته وهو مقتض لحقيقة ملك كسبه وان لم يكن له فيه ملك كان له فيه حق الملك وليس للوالد ملك حقيقة في رقبة ولده بل له حق التملك بماله عند الحاجة وحق الملك اقوى من حق التملك فلما ثبت نسب ولد جارية الابن من الاب بمجرد دعوته من غير افتقار الى تصديقه فالثبوت من المولى اولى ووجه الظاهر وهو الفرق بين جارية الابن وجارية المكاتب ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة حتى لا يثبت له حق تملكه والاب يملك تملكه لحاجته على ما عرف فلا معتبر بتصديقه وهذا بخلاف الوارث يستولد امة من تركة مستغرقة بالدين يصح بلا تصديق احد لانه صاحب حق حتى ملك استخلاص ما يشاء من التركة باعطاء قيمته فليس احد احق منه ليحتاج الى تصديقه بخلاف البائع يدعي ولد المبيعة بعد البيع يصح لاتصال العلوق بملكه ووجب للولد حق العتق فلم يبطل باعتراض البيع وههنا ان حصل العلوق في ملك المولى لرقبة

وعليه عقرها لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد على ما ذكرناه وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

المكاتب لكن لم يحصل في ملكه للجارية ملكا خاصا واعترض بانه لا معنى لاشتراط التصديق لانه اذا لوحظ حجر المولى عن التصرف في مال المكاتب فتصديقه لا يوجب فك الحجر بل غايته انه اعترف له انه وطئ الجارية فيقتضي ان لا يثبت النسب اذا لم يرتفع به المانع من ثبوته الا يرى انه لو اقام البينة على انه وطئها لا يثبت نسبه اذا كان مكذبا له مع ان الثابت بالبينة اقوى من التصديق فظهر اشتراط التصديق وقد يجاب بان هذا الحجر بحق آدمي لكونه هو احق بالدعوى فلا يظهر حقه في الاستلحاق في مقابلة من هو احق به منه الا ان يصدقه بجواز ان يكذبه بان يدعيه هو فلا بد من استعلام تصديقه وتكذيبه بخلاف ما اذا اقام بينة على الوطئ فان تكذيبه قائم واعتبار التصديق ليس باستعلام الوطئ قطعا بل تقديما للاحق على غيره وبخلاف احد الشريكين اذا استلحق فانه لا يتوقف على تصديق الآخر لانه ليس احدهما احق من الآخر **قوله** وعليه عقرها للمكاتب لانه اي لان وطيه المدلول عليه بقول فاذا وطئ المولى لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق اي حق الملك كاف لصحة الاستيلاد لما ذكره في قوله عقيبه انه كسب كسبه بخلاف الاب فانه ليس له حق ملك في الجارية فيتقدم ملكه اياها لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر لانه وطئ امة نفسه واذا وجب لنفس المكاتبة العقر اذا وطئها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيها فلان يجب بوطئ امتها اولى والبعد شارح فقال اي لما تذكره في كتاب المكاتب من انه يثبت للمولى في ذمة المكاتب حق مع ان مجرد ثبوت حق في ذمة سيد امة لا يصحح استيلاد صاحب الدين فلقد تناوله من مكان بعيد وهو اقرب اليه من حبل الوريد **قوله** وقيمة ولدها عطف على عقرها اي وعليه قيمة الولد لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انها اي الجارية بتأويل الشخص كسب كسبه فلم يرض برقه حيث اعتمد دليلا يوجب حريته فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه كما ان المغرور بشراء امة استولدها فاستحقت اعتمد دليلا وهو البيع فجعل عذرا في حرية الولد بالقيمة الا ان قيمة الولد هنا تعتبر يوم ولد وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة والفرق ان العلوق هنا حصل في ملك المولى وهو مقتض ثبوت نسبه بحق ملكه لكنه الا انه محجور بحجر شرعي عنها فشرط تصديقه فاذا جاء التصديق صحت الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة فوجب اعتبارها في اقرب اوقات الامكان واما المغرور فضمانه قيمة الولد لانه امانة حبسها عن صاحبها فتحقق التعدي ثم لا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ام ولد المغرور بالمبيعة المستحقة لا يكون ام ولد له ولا تناقض بين قوله لا تصير ام ولد وبين قوله ان ماله من الحق يكفي لصحة الاستيلاد لان المراد من الاستيلاد استلحاق الولد كما قررناه اول الباب وصحته بثبوت نسب الولد منه واما ثبوت امومية الولد للام فانما هو لازم في بعض الصور وهو اكثرها دون بعض وليس هنا فيلزم نفي ما اثبته ثم اذا ملك هذه الجارية يوما من الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب **قوله** وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت نسبه من المولى لما بينا اي من انه لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه فلو ملكه اي لو ملك الولد يوما من الدهر ثبت نسبه منه وكان ولدا له لقيام الموجب وهو اقراره بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب **فروع** تقدم في رجل فجر بامة فولدت ثم اشتراها لا تصير ام ولد له استحسانا وان اشترى الولد عتق الولد عليه وفي المحيط يجوز اعتاق ام الولد وكتابتها لتعجيل الحرية وكذا تدبيرها لانه يجتمع لها سببا حرية وفي غيرها لا يصح تدبيرها لانه لا يفيد وفي جامع الفقه استولد مدبرته بطل التدبير وتعتق من جميع المال

فيعتبر يوم ولدها

كتاب الايمان

ولا تسعى في دين وفي الكافي امة بين رجلين قالا في صحتها هي ام ولد لاحدنا ثم مات احدهما يؤمر الحي بالبيان دون الورثة لانه يخبر عن نفسه والورثة يخبر بفعل غيرهم فان قال الحي هي ام ولدي فهي ام ولده ويضمن نصف قيمتها ولا يضمن من العقر شيئا لانه لما اقر بوطيها بعد ملكها فلعله استولدها بنكاح قبل ولو قال هي ام ولد الميت عتقت صدقته او كذبته لانه ان صدق فهي حرة فان كذب فكذلك لاقراره بعتقها بموته ولا سعاية للحي لانه يدعي الضمان على الميت وكذا للورثة لانهم يدعون عليه الضمان اكذبوه في اقراره وان صدقوه فقد اقروا بعدم السعاية والله الموفق

كتاب الايمان

اشترك كل من اليمين والعتاق والطلاق والنكاح في ان الهزل والاكراه لا يؤثر فيه الا انه قدم على الكل النكاح لانه اقرب الى العبادات كما تقدم والطلاق رفعه بعد تحققه فايلاؤه اياه اوجه واختص العتاق من الايمان بزيادة مناسبة بالطلاق من جهة مشاركته اياه في تمام معناه الذي هو الاسقاط وفي لازمه الشرعي الذي هو السراية فقدم على اليمين و لفظ اليمين مشترك بين الجارحة والقسم والقوة لغة والاولان ظاهران وشاهد القوة قوله تعالى لاخذنا منه باليمين وقول الشماخ وقيل للحطيئة + رايت عرابة الاوسي يسمو + الى الخيرات منقطع القرين + اذا ما راية رفعت لمجد + تلقاها عرابة باليمين + اي بالقوة ثم قولهم انما سمي القسم يمينا لوجهين احدهما ان اليمين هو القوة والحالف يتقوى بالاقسام على الحمل او المنع والثاني انهم كانوا يتماسكون بايمانهم عند القسم فسميت بذلك يفيد انه لفظ منقول ومفهومه اللغوي جملة اولى انشائية صريحة الجزئين يؤكد بها جملة بعدها خبرية وترك لفظ اولى يصيره غير مانع لدخول نحو زيد قائم زيد قائم وهو على عكسه فان الاولى هي المؤكدة بالثانية من التوكيد اللفظي وجملة اعم من الفعلية كحلفت بالله لافعلن او احلف والاسمية مقدمة الخبر كعلي عهد الله او مؤخرة نحو لعمرك لافعلن وهو مثال ايضا لغير المصرح بجزئيها ومنه والله وتالله فان الحرف جعل عوضا عن الفعل واسماء هذا المعنى التوكيدي ستة الحلف والقسم والعهد والميثاق والايلاء واليمين وخرج بانشائية نحو تعليق الطلاق والعتاق فان الاولى ليست انشائية التعاليق ما التزم وامفهومه الاصطلاحي فجملة اولى انشائية مقسم فيها باسم الله او صفته يؤكد بها مضمون ثانية في نفس السامع ظاهرا وتحمل المتكلم على تحقيق معناها فدخلت بقيد ظاهرا الغموس او التزام مكروه كفر او زوال ملك على تقدير ليمنع عنه او محبوب ليحمل عليه فدخلت التعليقات مثل ان فعل فهو يهودي فان دخلت فانت طالق لغضم الدار لمنع نفسه ويفتحها لمنعها فان بشرتني فانت حر وسببها الغائي تارة ايقاع صدقه في نفس السامع وتارة حمل نفسه او غيره على الفعل او الترك فبين المفهوم اللغوي والشرعي عموم من وجه لتصادقهما في اليمين بالله وانفراد اللغوي في الحلف بغيره مما يعظم وانفراد الاصطلاحي في التعليقات ثم قيل يكره الحلف بالطلاق والعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله الحديث والاكثر على انه لا يكره لانه لمنع نفسه او غيره ومحل الحديث غير التعليق مما هو بحرف القسم وركنها اللفظ الخاص واما شروطها فالعقل والبلوغ وحكمها الذي يلزم وجودها وجوب البر

قال الايمان على ثلثة اضرب اليمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي رحمه الله فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة تتادى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متاخر متعلق باختيار مبتدء وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق

فيما اذا عقدت على طاعة او ترك معصية فيتهت وجوبان لامريه الفعل والبر ووجوب الحنث في الحلف على ضدها وندبه فيما اذا كان عدم المحلوف عليه جائزا وسيأتي واذا حنث فيما يجوز فيه الحنث او يحرم لزمته الكفارة **قوله** اليمين على ثلثة اضرب يمين الغموس الاصح من النسخ اليمين الغموس على الوصف لا الاضافة واما يمين الغموس فاضافة الموصوف الى صفته وهي ممنوعة وما قيل هو كعلم الطب رد بانه اضافة الجنس الى نوعه لان الطب نوع لا وصف للعلم ومثل صلوة الاولى مقصور على السماع وسميت غموسا لغمسها صاحبها في الاثم ثم في النار فعول بمعنى فاعلة بصيغة المبالغة **قوله** فالغموس هي الحلف على امر ماض يتعمد الكذب به وليس هذا بقيد بل الحلف على الحال ايضا كذلك كوالله ما لهذا علي دين وهو يعلم خلافه والحديث المذكور غريب بهذا اللفظ ومعناه ثابت بلا شبهة واقرب الالفاظ اليه ما في صحيح ابن حبان من حديث ابي امامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم حرم الله عليه الجنة وادخله النار وفي الصحيحين لقي الله وهو عليه غضبان وفي سنن ابي داؤد من حديث عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مصبورة كاذبا فليتبوأ مقعده من النار والمراد بالمصبورة الملزمة بالقضاء والحكم اي المحبوس عليها لانها مصبورة عليها **قوله** ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وهو قول اكثر العلماء منهم مالك واحمد رض وقال الشافعي فيها الكفارة لانها شرعت في الاصل وهي المعقودة لدفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق في الغموس فيتعدى اليه وجوبها ولنا انها كبيرة محضة لما ثبت في صحيح البخاري من حديث ابن عمر عنه عليه الصلوة والسلام الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس والكفارة عبادة حتى تتادى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بما هو كبيرة بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيه ذنب بان يحنث في موضع وجوب البر على ما ذكرنا من التفصيل فهو متاخر متعلق باختيار مبتدأ غير مقارن متصل بنفس اليمين كما في الغموس فامتنع الالحاق وحاصل هذا ابداء وصف في الاصل وهو كونه مباحا وادعاء كونه جزء المؤثر لكونه غير مناسب للحكم وقد نقض بالظهار ويجاب بان الموجب فيه العود لا نفس الظهار قال تعالى ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة وهو مباح لكونه امساكا بالمعروف وبالافطار في رمضان ولو بخمر او زنى اجيب الكفارة باعتبار الفطر العمد المشتمل ويجب الحد باعتبار انهما في انفسهما كبيرة وبخصه آخر بان ذلك حرام في نفسه وحرام لغيره وهو الصوم فوجب الحد بالاول والكفارة بالثاني ونقض ايضا بقتل المحرم صيدا عمدا واجيب بان عين الفعل ليس حراما حتى لو فعله في غير الاحرام والحرم لم يحرم وانما حرم باحرامه وبالحرم لا بنفسه وصحح شارح الايراد ومنع لنفي كون المعصية سببا للكفارة وجعل المذكور من الاجوبة خبطا ولم يبين موضع الفساد فيها وهو واضح لان كلامهم هذا يقتضي تقييد قولهم المعصية لا تصلح سببا للكفارة لكونها عبادة بما اذا كان حراما لعينه ومرجعه الى التحسين والتقبيح في الفعل لذاته وهو منتف عند الاشعرية وهو قليل جدا كانه لا يزيد على الكفر والظلم وكون اليمين الغموس منه قد يمنع لان اليمين في نفسه مباح او عبادة اذ هو ذكر الله تعالى على وجه التعظيم وهذا لا يسقط من قلب المؤمن الحالف غموسا الا كانت كفرا او انما رجح باطلة بقبحها ليس الا لعدم مطابقة المحلوف عليه او لقصده ذلك فذلك خارج عن اليمين موجب لحرمتها فكان من قبيل ما حرم لغيره على ان كون حرمته السبب يمنع مناسبتها للعبادة لا يفصل بين كون الحرمة لعينه او لغيره ولو قيل لا يلزم من شرعية الكفارة جابرة او ساترة في ذنب اخف شرعيتها كذلك في ذنب اعظم

كان اوجب ولهذا فسر في رواية الغموس بكسب القلب والمكسوبة يؤاخذ بها لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم

بما كسبت قلوبكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم وبين سبحانه تعالى المراد بالمؤاخذة بقوله تعالى ولكن

يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته فتعين ان المراد بها الكفارة والجواب ان لفظ المؤاخذة في الآخرة وفي المراد بالمؤاخذة

في الكسب والمراد بها في المعقودة الكفارة كما ذكر لو الغموس والمعقودة فتجب الكفارة بما في النص من غير حاجة الى زيادة

تحقق الجواب مع انها معقودة لارتباطها في الشرع باسم الله تعالى [illegible] في المستقبل او مضى [illegible]

[illegible] المانع والحال او لتركه صدقة الناس برة ومن الخبر بر وحنث [illegible] تحت تحمل اليمين والغموس [illegible]

[illegible] فعلا وما [illegible] كالردة والرضاع في النكاح [illegible]

[illegible] من امر المستقبل [illegible] في المستقبل في الحال [illegible] الغموس ليست بيمين حقيقة

لان اليمين [illegible] عقد مشروع [illegible] غير ممكن [illegible] باتفاق [illegible] شرعا وتسميتها يمينا مجازا [illegible]

[illegible] في حقيقة اللغة [illegible] من اصحابنا [illegible] الغموس واليمين الفاجرة [illegible] ان المعقودة [illegible]

ليست [illegible] بالقلب [illegible] الغموس [illegible] الحنث لا يتأتى الا [illegible] ولهذا سمي [illegible]

يمينا [illegible] الكفارة [illegible]

الكبرى [illegible] وقد روى الامام احمد في مسنده باسناد

جيد صحيح [illegible] عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث مطول قال فيه خمس ليس لهن كفارة الشرك بالله عز وجل

وقتل النفس بغير حق وبهت مؤمن والفرار من الزحف ويمين صابرة يقتطع بها مالا بغير حق انتهى [illegible] الكفارة في الغموس

[illegible] يعني مصبورة [illegible] ان المصبورة [illegible]

اي محبوس [illegible] قوله والمنعقدة [illegible]

[illegible] في المستقبل [illegible] حنث لزمته كفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية

[illegible] اي الحنث [illegible] المستقبل [illegible] الحنث [illegible]

[illegible] يمين [illegible] اليمين على [illegible]

[illegible] اليمين [illegible]

[illegible]

[illegible] في مثل اليمين قوله [illegible] على امر [illegible]

[illegible] كما ذكرنا [illegible]

[illegible] اليمين [illegible]

[illegible]

[illegible]

الحديث [illegible]

قال والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي رحمه الله يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى

عنا جناحا وانما قيد محمد عدم المؤاخذة بالرجاء مع انه مقطوع به في كتاب الله تعالى حين قال لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم للاختلاف في معنى اللغو ففسره محمد بما ذكره وهو مروي عن ابن عباس وبه قال احمد وقال الشافعي كل يمين صدرت عن غير قصد في الماضي وفي المستقبل وهو مباين للتفسير المذكور لان الحلف على امر يظنه كما قال لا يكون الا عن قصد وهو رواية عن احمد وهو معنى ما روى صاحب السنن عن عائشة رض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله وقال الشعبي ومسروق لغو اليمين ان يحلف على معصية فيتركها لاغيا بيمينه وقال سعيد بن جبير ان يحرم على نفسه ما احل الله له من قول او عمل فلما اختلف في معنى اللغو علقه بالرجاء والاصح ان اللغو بالتفسيرين الاولين وكذا بالثالث متفق على عدم المؤاخذة به في الدنيا بالكفارة فالتهم العذر عن التعليق بالرجاء فالاوجه ما قيل انه لم يرد به التعليق بل التبرك باسم الله تعالى والتأدب فهو كقوله صلى الله عليه وسلم لاهل المقابر وانا ان شاء الله بكم لاحقون واما بالتفسير الرابع ففيه شبهة فكونه لغوا هو اختيار سعيد **قوله** والقاصد في اليمين والمكره عليه والساهي وهو من تلفظ باليمين ذاهلا عنه ثم تذكر انه تلفظ به وفي بعض النسخ الخاطئ وهو من اراد ان يتكلم بكلام غير الحلف فجرى على لسانه اليمين سواء ان حنث لزمته الكفارة لقوله عليه الصلوة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين كذا ذكره المصنف وبعضهم كصاحب الخلاصة جعل مكان اليمين العتاق والمحفوظ حديث ابي هريرة رض عن النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة اخرجه احمد وابو داود وابن ماجة وقد ورد حديث العتاق في مصنف عبد الرزاق من حديث ابي ذر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ومن اعتق وهو لاعب فعتقه جائز وروى ابن عدي في الكامل من حديث ابي هريرة رض عنه مرفوعا قال ثلث ليس فيهن لعب من تكلم بشيء منهن لاعبا فقد وجب عليه الطلاق والعتاق والنكاح واخرج عبد الرزاق عن علي و عمر رض موقوفا انهما قالا ثلث لا لعب فيهن النكاح والطلاق والعتاق وفي رواية عنهما اربع وزادوا النذر ولا شك ان اليمين في معنى النذر فيقاس عليه واعلم انه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لان المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا والهازل قاصد لليمين غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعا بعد مباشرته السبب مختارا والناسي بالتفسير المذكور لم يقصد شيئا اصلا ولم يدر ما صنع وكذا المخطئ لم يقصد قط التلفظ به بل بشيء آخر فلا يكون الوارد في الهازل واردا في الناسي الذي لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت في حقه نصا ولا قياسا واذا كان اللغو بتفسيرهم وهو ان يقصد اليمين مع ظن البر ليس لها حكم اليمين فما لم يقصده اصلا بل هو كالنائم يجري على لسانه طلاق او عتاق لا حكم له اولى ان لا يكون لها حكم اليمين وايضا فتفسير اللغو المذكور في حديث عائشة رض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو انه كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله ان لم يكن هو نفس التفسير الذي فسر به الناسي فانه المتكلم كذلك في بيته لا يقصد التكلم به بل يجري على لسانه بحكم العادة غير مراد لفظه ولا معناه كان اقرب اليه من الهازل فحمل الناسي على اللاغي بالتفسير المذكور اولى من حمله على الهازل وهذا الذي ادناه وتقدم لنا مثله في الطلاق فلا تكن غافلا **قوله** والشافعي يخالفنا في ذلك فيقول لا تنعقد يمين المكره ولا الناسي ولا المخطئ للحديث المشهور رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه قال المص وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى واستدل ابن الجوزي للشافعي واحمد في التحقيق في عدم انعقاد يمين المكره بما رواه

ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله او باسم آخر من اسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكرها حاملا ومانعا

الدارقطني عن واثلة بن الاسقع وابي امامة قالا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مقهور يمين ثم قال عنبسة ضعيف قال صاحب تنقيح التحقيق حديث منكر بل موضوع وفيه جماعة لا يجوز الاحتجاج بهم **قوله** ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء فتجب عليه الكفارة كما لو فعله ذاكرا لليمين مختارا وعن كل من الشافعي واحمد روايتان يحنث ولا يحنث وهو الاصح عند الشافعي للحديث المذكور وقد مر جوابه في طلاق المكره من كتاب الطلاق وهذا لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط يعني بالشرط السبب لوجوب الكفارة لان الحنث هو السبب عندنا وانما يناسب حقيقة مذهب الشافعي لان السبب عنده اليمين والحنث شرط على ما مر والحاصل ان الوجوب يثبت عنده سببا كان او شرطا وبالنسيان والاكراه لم ينعدم وجوده فاستعقب وجوب الكفارة وكذا اذا فعل المحلوف عليه وهو مغمى عليه او مجنون تجب الكفارة فيخرجها وليه او هو اذا افاق لما ذكرنا من تحقق الشرط اي السبب حقيقة وقوله ولو كانت الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب جواب عن سؤال مقدر هو ان وجوب الكفارة لرفع الذنب الحاصل بالحنث ولا ذنب على الحانث اذا كان مغمى عليه او مجنونا فاجاب بان الحكمة لا يجب حصولها مع شرع الحكم دائما بل تناط بمظنتها وهو كون شرع الحكم مع الوصف يحصل مصلحة او يدفع ضررا كما في الاستبراء شرع وجوبه مع الملك المؤكد بالقبض يحصل معه رفع مفسدة اشتباه النسب فادير على نفس الشراء مع القبض سواء كان ذلك الوهم حاصلا او لا كما في شراء الامة الصغيرة التي لم تبلغ حد البلوغ واما قولهم كما في شراء الامة البكر من المرأة فليس بصحيح لان التوهم حاصل لجواز حبل البكر ومملوكة المرأة على ان كونها لرفع الذنب دائما ممنوع بل لتوفير تعظيم الاسم ان ينعقد على امر ثم يخلف عنه مجانا للعلم بذلك في موضع يجب فيه الحنث او يندب والله اعلم

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا **قوله** واليمين بالله او باسم آخر من اسمائه يفيد لفظة آخر ان المراد بالله اللفظ فقابل والاسم الآخر كالرحمن والرحيم والقدير ومنه الذي لا اله الا هو ورب السموات والارض ورب العالمين ومالك يوم الدين والاول الذي ليس قبله شيء والآخر الذي ليس بعده شيء واذا قالوا في قوله والطالب الغالب انه يمين لانه تعارف اهل بغداد الحلف لزم اما اعتبار العرف فيما لا يسمع من الاسماء من الكتاب والسنة فان الطالب لم يسمع بخصوصه بل الغالب في قوله تعالى والله غالب على امره واما كونه بناء على القول المفصل في الاسماء ويفيد قوله آخر ان لابد من كونه اسما خاصا فلو قال والاسم الله وهو عام يقتضي ان لا يكون يمينا والمنقول لو قال باسم الله ليس بيمين وفي المنتقى رواية ابن رستم عن محمد انه يمين فليتامل عند الفتوى ولو قال وباسم الله يكون يمينا ذكر ذلك في الخلاصة وقوله او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا قيد في الصفة فقط فافاد ان الحلف بالاسم لا يتقيد بالعرف بل هو يمين تعارفوه او لم يتعارفوه وهو الظاهر من مذهب اصحابنا وهو الصحيح وهو قول مالك واحمد والشافعي في قول وقال بعض مشايخنا كل اسم لا يسمى به غير الله كالله والرحمن فهو يمين وما يسمى به غيره تعالى كالحكيم والعليم والقادر والعزيز فان اراد به اليمين فهو يمين فان لم يرد فليس بيمين ورجح بعضهم بانه ان كان مستعملا لله سبحانه وتعالى ولغيره ولا يتعين ارادة احدهما الا بالنية واما الصفة فالمراد بها اسم المعنى الذي لا يتضمن ذاتا ولا يحمل عليها بهو هو كالعزة والكبرياء والعظمة بخلاف نحو العظيم فقيده بكون الحلف بها متعارفا سواء كان من صفات الفعل او الذات وما

قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها اثرها وهو المطر او الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة

قول مشائخ ما وراء النهر ولذا قال محمد في قولهم وامانة الله انه يمين ثم سئل عن معناه فقال لا ادري فكانهم راهم يحلفون به فحكم بانه يمين ووجهه انه اراد معنى والله الامين فالمراد الامانة التي تضمنتها لفظة الامين كعزة الله التي هي ضمن العزيز ونحو ذلك وعلى هذا فعدم كون وعلم الله وغضبه وسخطه ورحمته يمينا لعدم التعارف وبه وارادة العلم بانه يراد به المعلوم فقول الشيخ ابي المعين في تبصرة الادلة ان الحلف بالعلم والرحمة والغضب مشروع ان كان مراده الصفة القائمة به فليس على هذا الاصل بل هو على محاذاة قول القائلين في الاسماء ان ما كان بحيث يسمى به الله تعالى وغيره ان اراد به الله تعالى كان يمينا والا لا فجعل مثله في الصفات المجردة عن الدلالة على الذات ان اريد صفته القائمة به فهو يمين والا لا الا ان مقتضى هذا ان يجري في قدرة الله مثله ان اريد به الصفة كان يمينا او المقدور على ان يراد بالمصدر المفعول او المصدر ويكون على حذف مضاف اي اثر قدرته لا يكون يمينا وليس المذهب ذلك لانا نقول انما اعتبر ذلك فيما لا يتعارف الحلف به وقدرة الله الحلف بها متعارف فينصرف الى الحلف بلا تفصيل في الارادة ولمشائخ العراق تفصيل آخر هو ان الحلف بصفات الذات يكون يمينا وبصفات الفعل لا يكون يمينا وصفات الذات ما يوصف سبحانه بها ولا يوصف باضدادها كالقدرة والجلال والكمال والكبرياء والعظمة والعزة وصفات الفعل ما يصح ان يوصف بها وباضدادها كالرحمة والرضا لوصفه سبحانه بالغضب والسخط وقالوا ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس كالذات قيل ولقصدوا بهذا الفرق الاشارة الى مذهبهم ان صفات الفعل غير الله والمذهب عندنا ان صفات الله لا هو ولا غيره وهذا لان الغير هو ما يصح انفكاكه زمانا او مكانا او بوجود ولا يخفى ان هذا اصطلاح محض لا ينبغي ان يبتنى الفقه باعتباره وظاهر قول هؤلاء انه لا اعتبار بالعرف وعدمه بل صفة الذات مطلقا يحلف بها تعورفت اولا وصفة الفعل لا يحلف بها ولو تعورفت وعلى هذا فيلزم ان سمع الله وبصره وعلمه يكون يمينا عند هؤلاء وعلى اعتبار العرف لا يكون يمينا لانه لم يتعارف الحلف بها وان كانت من صفات الذات وقال بعضهم الاسماء التي لا يسمى بها غيره كرب العالمين والرحمن ومالك يوم الدين الى آخر ما قدمنا اول الباب يكون الحلف بها يمينا بكل حال وكذا الصفات التي لا تحتمل ان تكون غير صفاته كعزة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه فينعقد بها اليمين بكل حال ولا حاجة الى عرف فيها بخلاف الاسماء التي تطلق على غيره تعالى كالحي والمومن والكريم يعتبر فيها العرف او نية الحالف وكذا ما يكون من صفته تعالى كعلم الله وقدرته فانه قد تستعمل في المقدور والمعلوم اتساعا كما يقال اللهم اغفر علمك فينا وكذا صفات الفعل كخلقه ورزقه ففي هذه يجري التعليل بالتعارف وعدمه ووجه الله يمين الا ان اراد الجارحة **قوله** الا قوله وعلم الله استثناء من صفة من صفاته لكن قيده هناك بقوله التي يحلف بها عرفا فيقتضي ان علمه مما يحلف به عرفا فيتناوله الصدر فاخرجه من حكمه بعد دخوله في لفظه وليس كذلك لانه علله بانه غير متعارف فكان استثناء منقطعا لانه لم يدخل وا[و]رد على تعليله الثاني القدرة فانها تذكر ويراد بها المقدور واجيب بالمنع فان المقدور بالوجود خرج عن ان يكون مقدورا لان تحصيل الحاصل محال فلم يحتمل ارادته بالحلف وقبل الوجود معدوم ولا تعارف بالحلف بالمعدوم فلم يكن المراد بالحلف بالقدرة الا الصفة القائمة بذاته تعالى بخلاف العلم اذا اريد به المعلوم فانه لا يخرج المعلوم عن ان يكون معلوما بالوجود فظهر الفرق وهذا يوجب ان لا تصح ارادة المقدور

ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال رضي الله عنه معناه ان يقول والنبي والقرآن اما لو قال انا بريء منهما يكون يمينا لان التبري منهما كفر **قال** والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوفة وكذا اذا قال لله في المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم له اى آمنتم به

بعد الوجود وهو غير صحيح اما وقوعها فقالوا انظر الى قدرة الله تعالى وليس المقصود قطعا الا الموجود واما تحقيقا فلان القدرة في المقدور اذا كان مجازا لا يمتنع ان يطلق عليه مقدور بعد الوجود باعتبار ما كان فيكون لفظ قدرة في المقدور بعد الوجود مجازا في المرتبة الثانية نعم الحق ان لا موقع للتعليل الثاني الا ان تفريع كون الحلف بالعلم ليس يمينا ليس الا على قول معتبري العرف وعدمه في اليمين فالتعليل ليس الا لنفي التعارف فيسير واما لو فرع على القول المفصل بين صفة الذات وغيرها وجب ان يكون يمينا لان العلم من صفات الذات فلا معتبر بما يراد بالصفة المفعول على القولين فلا موقع للتعليل **قوله** من حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت متفق عليه قال وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال ومعناه ان يقول والنبي والقرآن اما اذا حلف بذلك بان قال انا بري من النبي والقرآن كان يمينا لان التبري منهما كفر فيكون في كل منهما كفارة يمين كما سياتي وكذا اذا قال هو بري من الصلوة والصوم يكون يمينا عندنا فكذا هو بري من الاسلام ان فعل كذا او بحرمة شهد الله او لا اله الا الله ليس يمينا ولو رفع كتاب فقه او حساب فيه البسملة فقال هو بري مما فيه ان فعل ففعل لزمته الكفارة ثم لا يخفى ان الحلف بالقرآن الآن متعارف فيكون يمينا كما هو قول الائمة الثلثة وتعليل عدم كونه يمينا بانه غيره تعالى لانه مخلوق لانه حروف وغير المخلوق هو الكلام النفسي منع بان القرآن كلام الله منزل غير مخلوق ولا يخفى ان المنزل في الحقيقة ليس الا الحروف المنقضية المنعدمة وما ثبت قدمه استحال عدمه غير انهم اوجبوا ذلك لان العوام اذا قيل لهم القرآن مخلوق تعدوا الى الكلام مطلقا فاما الحلف بكلام الله تعالى فيجب ان يدور مع العرف واما الحلف بحياة راسك وحياة راس السلطان فذلك ان اعتقد ان البر واجب فيه يكفر وفي تتمة الفتاوى قال علي الرازي اخاف على من قال بحياتي وحياتك انه يكفر ولولا ان العامة يقولونه ولا يعلمونه لقلت انه شرك وعن ابن مسعود رضي الله عنه لان احلف بالله كاذبا احب الي من ان احلف بغير الله صادقا **قوله** والحلف بحروف القسم الى قوله ومذكور في القرآن قال تعالى فورب السماء والارض انه لحق والله ربنا ما كنا مشركين وقال تعالى تالله لقد ارسلنا الآية ومثل للباء بقوله تعالى بالله ان الشرك لظلم عظيم وفيه احتمال كونه متعلقا بقوله تعالى قبله لا تشرك ثم قالوا الباء هي الاصل لانها صلة الحلف والاصل احلف او اقسم بالله وهي للالصاق تلصق فعل القسم بالمحلوف به ثم حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود ولاصالتها دخلت في المظهر والمضمر نحو بك لافعلن ثم الواو بدل منها لمناسبة معنوية وهي ما في الالصاق من الجمع الذي هو معنى الواو فلكونها بدلا انحطت عنها بدرجة فدخلت على المظهر لا المضمر والتاء بدل عن الواو لانها من حروف الزيادة وقد ابدلت كثيرا منها كما في تجاه وتخمة وتراث فانحطت درجتين فلم تدخل من المظهر الا على اسم الله تعالى خاصة وما روي من قولهم ترب الكعبة لا يقاس عليه وكذا تحياتك **فرع** قال بسم الله لافعلن كذا اختلفوا فيه والمختار ليس يمينا لعدم التعارف وعلى هذا بالواو الا ان نصارى بلادنا تعارفوه فيقولون واسم الله **قوله** وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف حرف الجر من عادة العرب يريد بالحذف الاضمار والفرق ان الاضمار يبقى اثره بخلاف الحذف وعلى هذا فينبغي ان يكون في حالة النصب الحرف محذوفا لانه لم يظهر اثره وفي حالة الجر مضمرا لظهور اثره وهو الجر في الاسم وقوله ثم قيل ينصب لانتزاع الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوفة ظاهر في

وقال ابو حنيفة رح اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد رح واحدى الروايتين عن ابي يوسف رح وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا والله

اصل الخلاف في ذلك وهو تبع للمبسوط حيث قال النصب مذهب اهل البصرة والخفض مذهب اهل الكوفة ونظر فيه بانهما وجهان شائعان للعرب ليس احد ينكر احدهما ليتاتى الخلاف وحكى الرفع ايضا نحو الله لافعلن على اضمار مبتدأ والاولى كونه على اضمار مبتدأ والاولى كونه على اضمار خبر لان الاسم الكريم اعرف المعارف فهو اولى بان يكون مبتدأ والتقدير الله قسمي اي قسمي الله لافعلن غير ان النصب اكثر في الاستعمال ثم قوله في النصب لانتزاع الخافض خلاف اهل العربية بل هو عندهم بفعل القسم لما حذف الحرف اتصل الفعل به الا ان يراد عند انتزاع الخافض اي بالفعل عنده واما الجر فلا شك انه بالحرف المضمر وهو قليل شاذ في غير القسم كقوله اذا قيل اي الناس شر قبيلة اشارت كليب بالاكف الاصابع اي الى كليب في قوله وكذلك اذا قيل لان الباء بتدل منها اي باللام قال تعالى آمنتم له آمنتم به والقصة واحدة اه وعليه انها لا تبدل منها بمعنى ان توضع مكانها دالة على عين مدلولها وفي الآيتين المعنى مختلف فان قوله تعالى آمنتم له اي صدقتموه وانقدتم اليه طاعة وآمنتم به لا يفيد تلك الزيادة ولو سلم فلكونها وقعت صلة فعل خاص كذلك وهو آمنتم لا يلزم في كل فعل لجواز كون معنى ذلك الفعل يتاتى معنا بها فيه بخلافه في القسم ولا تستعمل اللام الا في قسم متضمن معنى التعجب كقول ابن عباس رض دخل آدم الجنة فلله ما غربت الشمس حتى خرج وكقولهم لله لا يؤخر الاجل فاستعمالها قسما مجردا عنه لا يصح في اللغة الا ان يتعارف كذلك وقوله في المختار احتراز عما عن ابي حنيفة انه اذا قال لله علي ان لا اكلم فلانا انها ليست يمينا الا ان ينوي لان الصيغة للنذر وتحتمل معنى اليمين ولم يذكر في كثير من الشروح فائدة هذا الاحتراز لان لفظ في المختار في بعض النسخ لا كلها فكان الواقع لهم ما ليس هو فيه فلذا ولا فرق في ثبوت اليمين بين ان يعرب المقسم به خطأ او صوابا او يسكنه خلافا لما في المحيط فيما اذا سكن من انه لا يكون يمينا الا بالنية لان معنى اليمين وهو ذكر اسم الله تعالى للمنع او الحمل معقودا بما اريد منعه او فعله ثابت فلا يتوقف على خصوصية في اللفظ **قوله قال ابو حنيفة رح اذا قال وحق الله** فليس بحالف وهو قول محمد رح واحدى الروايتين عن ابي يوسف رح وعنه اي عن ابي يوسف رح رواية اخرى انه يكون يمينا يعني ان اطلق لان الحق من صفات الله تعالى وقد يشتق اسمائه الحسنى وقال تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم وهو حقيته اي كونه تعالى ثابت الذات موجودا فكانه قال والله الحق والحلف به متعارف فوجب كونه يمينا وهذا قول الائمة الثلاثة حتى قال احمد لا يقبل قوله يعني في عدم اليمين لانه انصرف بعرف الاستعمال الى اليمين فانصرف الحق الى ما يستحقه لنفسه من العظمة والكبرياء وصار كقدرة الله تعالى **قوله** ولهما انه اي حق الله يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه وصار ذلك متبادرا شرعا وعرفا حتى كانه حقيقته حيث لا يتبادر سواه اذ يعلم انه لا يخطر من ذكره وجوده وثبوت ذاته والحلف بالطاعات حلف بغيره وغير صفته فلا يكون يمينا والمعدود من الاسماء الحسنى هو الحق المقرون باللام ولهذا الوجه من التقرير اندفع ترجيح بعضهم القول بانه يمين بانه تقدم ان ما كان من صفات الله يعبر به عن غيره ما يعتبر فيه العرف وجعل الفرق بين علم الله وقدرته واذا كان الحلف بقدرة الله يمينا للتعارف فحق الله كذلك للتعارف فان التعارف يعتبر بعد كون الصفة مشتركة في الاستعمال بين صفة الله تعالى وصفة غيره وقد بينا ان لفظ حق لا يتبادر منه ما هو صفة بل ما هو من حقوقه فصار نفس

والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من اسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله

وجوده ونحوه كالحقيقة المجردة واما الاستدلال على انه يراد به الطاعات بقول السائل للنبي عليه الصلوة والسلام ما حق الله على العباد فقال ان لا تشركوا به شيئا الى آخره كما وقع لبعض الشارحين فليس بشيء لان حقه تعالى على العباد بين المراد بالحق انه غير وجوده وصفته والكلام في لفظ حق غير مقرون بما يدل على احد المعنيين بخصوصه فليس الوجه الا ما ذكرنا **قوله** ولو قال والحق يكون يمينا اي بالاجماع كذا ذكره غير واحد واعترض شارح بان الحق بالتعريف يطلق على غيره تعالى كقوله تعالى فماذا بعد الحق الا الضلال فلما جاءهم الحق من عندنا فكيف يكون يمينا بلا خلاف لكن جوابه انه ان نوى اليمين باسم الله تعالى يكون يمينا والا لا انتهى فانت علمت انه اذا ثبت كونه اسما له تعالى لا يعتبر فيه النية وان اطلق على غيره وانما ذلك القول المقابل للمختار وانما على القول المفصل بين ان يريد به اليمين وان لا يريد فالحق يتبادر منه ذاته تعالى فصار غير محتاج الا الى دليل وبه يندفع قول ابي نصر ان نوى بالحق اليمين كان يمينا والا فلا ولا يلزم بطلان قول من حكى الاجماع من الشارحين لانه يريد اجماع علمائنا الثلاثة فانه لا عبرة بخلاف غير المجتهدين في انعقاد الاجماع ولو قال حقا بان قال حقا لاعطينك كذا لا يكون يمينا لان الحق من اسمائه تعالى فينعقد به اليمين والمنكر يراد به تحقيق الوعد وما نقل عن الشيخ اسمعيل الزاهد والحسن بن ابي مطيع انه يمين لانه لم يضفه الى الله تعالى فصار كالحق مردود بان المنكر ليس اسما لله تعالى ومن الاقوال الضعيفة ما قال البلخي ان قوله بحق الله يمين لان الناس يحلفون به ويعتقد لما علمت انه مثل حق الله بالاضافة وعلمت المغايرة فيه انه ليس يمينا كذا بحق الله **قوله** ولو قال اقسم الخ اذا حلف بفعل القسم فاما بلفظ الماضي او المضارع وكل منهما اما موصول باسم الله تعالى او بصفته او لا فاذا كان ماضيا موصولا بالاسم مثل حلفت بالله او اقسمت او شهدت بالله لافعلن كذا او عزمت بالله لافعلن فهو يمين بلا خلاف واذا كان مضارعا مثل اقسم بالله او اعزم بالله صح وكذلك عندنا وعند الشافعي لا يكون يمينا الا بالنية لاحتمال ان يريد به المستقبل وعدا ووجه قولنا ان هذه الصيغة حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال على الاقدم في الحق له ولهذا لا ينصرف اليه الا بقرينة السين ونحوه فوجب صرفه الى حقيقته واما الاستشهاد بان في العرف كذلك كقولهم اشهد ان لا اله الا الله ففيه نظر لان ذلك بدلالة الحال للعلم بان ليس المراد الوعد بالشهادة وكذا قول الشاهد اشهد بذلك عند القاضي ليس فيه دليل على انه في نفسه كذلك عرفا فجاز ان يقال هي للمستقبل وتستعمل للحال بقرينة حالية او مقالية كالتقييد بلفظ الآن ونحوه وان لم يكن من غير ذكر اسمه تعالى فيهما مثل حلفت لافعلن او اقسم او اشهد او اعزم او حلفت فعندنا وهو رواية عن احمد هو يمين نوى او لم ينو وقال زفر ان نوى يكون يمينا والا لا وقال الشافعي ليس بيمين نوى او لم ينو وهو رواية عن احمد وقال مالك اذا نوى في قوله اقسم بالله الخ يكون يمينا وان اطلق فلا وجه قولهم اقسم يحتمل ان يكون بالله او بغيره فلا يكون يمينا وكذا يحتمل العدة والانشاء للحال فلا يتعين يمينا كذا قيل وانما يشهد لقول القائل ان نوى كان يمينا والا فلا وجوابه ما ذكر المصنف من انه حقيقة في الحال فانصرف اليه ومن ان الحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه اي الى الحلف بالله ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد من النية لاحتمال العدة اي لاحتمال استعماله في المستقبل ولاحتمال اليمين بغير الله تعالى فقد حكى المصنف وغيره هذا الخلاف صريحا في المذهب ومنهم من صرح بانه اذا لم يذكر المقسم به يكون يمينا عند علمائنا الثلاثة نوى او لم ينو حتى لو قال اقسم ولم ينو شيئا او اذا نوى غيره فانه لا يكون يمينا فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يكون هذا القائل ممن يستحق عليه اليمين شرعا فان اليمين على نية المستحلف لا الحالف ثم وقد وقع في هذه المسألة خبط في موضعين اشد بهما الحكم وهو توهم صاحب النهاية ان مجرد قول القائل اقسم او احلف موجب للكفارة من غير ذكر محلوف عليه وقد حنث الى آخره السؤال القائل اليمين ما كان حاملا على شيء او تركه وعند فواته موجبا لكفارة على وجه الخلافة فقوله اقسم هنا ليس موجبا شيئا من البر

ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداى يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوگند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال بالفارسية سوگند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف قال رحمه

لانه لم يعقد يمينا على فعل شئ او تركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة تستر ذنب هتك حرمة الاسم وليس فى اقسم مجردا هتك فكيف توجب الكفارة ثم اجاب بان اقسم الحق بقوله على يمين فان ذلك موجب للكفارة ذكره فى الذخيرة وغيرها قال لو قال على يمين او يمين الله فهو يمين وفى المنتقى لو قال على يمين لا كفارة لها تجب الكفارة وان نفى الكفارة صريحا لان قوله على يمين لما كان موجبا للكفارة لا يفيد قوله لا كفارة لها ثم قال وانما كان كذلك لان كلمة على للايجاب فلما كان كذلك كان هذا اقرارا من موجب اليمين وموجبها البر ان امكن والا فالكفارة ولم يمكن تحقيق البر هنا لانه لم يعقد يمينه على شئ فكان اقرارا عن الموجب الآخر وهو الكفارة وعلى هذه الخلافة وبالاقرار يجب الحكم الكفارة وكذا فى قوله على نذر له كفارة يمين على ما يجئ بعد هذا فلما كان كذلك فى قوله على يمين وعلى نذر كان فى قوله اقسم عند قران النية بالقسم كذا لان اصله الحال فى استعمال الفقهاء ثم قال وحاصل ذلك ان قوله اقسم لما كان عبارة عن الاقرار بوجوب الكفارة لم يحتج الى وجوب البر ابتداء ولا الى تصور هتك حرمة الاسم وقد شنع على هذا بان اليمين بذكر المقسم عليه وما ذكر فى الذخيرة من ان قوله على يمين موجب للكفارة معناه اذا وجد ذكر المقسم عليه ونقضت اليمين لا شك فى ذلك وانما ترك ذلك للعلم به فان المقصود الذى يحتمل ان يخفى هو ان قوله على يمين هل يجرى مجرى قول القائل والله او لا فاما ان بمجرد ذكره ذلك يحتمل ان تجب الكفارة فلا خفاء فيه ليحتاج الى التنصيص عليه انظر الى قول محمد فى الاصل وان حلف بالله او باسم من اسمائه او قال والله او بالله او على عهد الله او ذمته او هو يهودى او نصرانى او برى من الاسلام او قال اشهد او اشهد بالله او احلف او احلف بالله او اقسم او اقسم بالله او على نذر او نذر الله او اعزم او اعزم بالله او على يمين او يمين الله او ما افاد معنى ذلك فهذه كلها ايمان واذا حلف بشئ منها ليفعلن كذا او كذا فحنث وجبت عليه الكفارة وقد ذكر منها هو يهودى او نصرانى وان يقول والله وبالله وتالله وحكم على كل منها انه يمين ولم يلزم من ذلك ان مجرد قوله والله او قوله هو يهودى تلزمه الكفارة بل صرح باشتراط الحنث فى كل منها للزوم الكفارة كما سمعت قوله واذا حلف بشئ منها ليفعلن كذا او كذا فحنث وجبت الكفارة ولان فى الظاهر ان مجرد الاقرار بوجوب الكفارة لا يوجب الكفارة الا ان كان فى القضاء لانه يواخذ باقراره وليس الكلام فى ان يقول اقسمت عند القاضى بل لو اقر به كان سبيله ان يفتيه بقوله ان كنت صادقا فعليك الكفارة وما كان الكلام فى الحنث فى اليمين وهو انشاء والحق ان قوله على يمين اذا لم يزد عليه على وجه الانشاء لا الاخبار يوجب الكفارة بناء على انه التزام للكفارة بهذه العبارة ابتداء كما يأتى فى قوله على نذر اذا لم يزد عليه فانه مثله من صيغ النذر ولو لم يكن كذلك لما بخلاف احلف واشهد ونحوها ليست من صيغ النذر فلا يثبت به الالتزام ابتداء والموضع الآخر استدلال صاحب النهاية وغيره على ان مجرد قوله احلف واقسم يمين بقوله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم وقوله تعالى اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يخفى على احد ان قوله اقسموا اخبار عن وجود قسم منهم وهو لا يستلزم ان ذلك القسم كان قولهم نقسم ليصرمنها فانهم لو قالوا والله لنصرمنها مصبحين صح ان يقال فى الاخبار عنهم اقسموا ليصرمنها ومثله فى يحلفون لكم لترضوا عنهم لا يلزم كون حلفهم كان بلفظ الحلف اصلا فضلا عن الحلف بلا ذكر اسم الله تعالى وانما استدل لذلك بحديث الذى راى رؤيا فقصها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابو بكر ائذن لى فلا عبرها فاذن له فعبرها ثم قال اصبت يا رسول الله فقال اصبت واخطأت فقال

اقسمت يا رسول الله لتخبرنى فقال لا تقسم بكذا رواه احمد وهو فى الصحيحين بلفظ آخر قوله ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداى يكون يمينا للحال لان معناه احلف الآن بالله ولو قال سوگند خورم قيل لا يكون يمينا لانه مستقبل ولو قال سوگند خورم بطلاق زنم اى حلفت

وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايمن صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد

بطلاق زوجتي لا يكون يمينا لعدم التعارف في الطلاق كذلك **قوله** وكذا قوله لعمر الله وايم الله يعني يكون حالفا كما هو حالف في قسم بالله واخواته لان عمر الله بقاؤه وفيه ضم العين وفتحها الا انه لا يستعمل المضموم في القسم ولا يلحق المفتوحة الواو في الخط بخلاف عمرو العلم فانها الحقت للفرق بينه وبين عمر والبقاء من صفة الذات على ما مر من قاعدة وهو ان يوصف به لا بضده وكانه قال وبقاء الله كقدرة الله وكبريائه واذا ادخل عليه اللام رفع على الابتداء او حذف الخبر اي لعمر الله قسمي وان لم يدخل اللام نصب انتصاب المصادر فيقول عمر الله ما فعلت ويكون على حسب حرف القسم كما في الله لافعلن واما قولهم لعمرك الله ما فعلت فمعناه ما اقرارك له بالبقاء وينبغي ان لا ينعقد يمينا لانه حلف بفعل المخاطب وهو اقراره واعتقاده واما ايم الله فمعناه ايمن الله وهو جمع يمين على قول الاكثر فخفف بالحذف حتى صار ايم الله ثم خفف ايضا فقيل م الله لافعلن كذا فيكون ميما واحدة لبنائها نفي سيبويه ان يكون جمعا لان الجمع لا يبقى على حرف واحد ويقال من الله بضم الميم والنون وفتحهما وكسرهما وهمزة ايمن بالقطع وانما وصلت في الوصل تخفيفا لكثرة الاستعمال ومذهب سيبويه انها همزة وصل اجتلبت ليمكن بها النطق كهمزة ابن وامرئ من الاسماء الساكنة الاوائل وانما كان كل منهما يمينا لان الحلف بهما متعارف قال تعالى لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون وقال عليه السلام في حديث امارة اسامة بن زيد حين طعن بعض الناس في امارته ان كنتم تطعنون في امارته فقد كنتم تطعنون في امارة ابيه من قبل وايم الله ان كان لخليقا بالامارة الحديث في البخاري

قوله وكذا قوله وعهد الله وميثاقه يمين اذا اطلق عندنا وكذا عند مالك واحمد وعند الشافعي لا يكون يمينا الا بالنية لان العهد والميثاق يحتمل العبادات فلا يكون يمينا بغير نية وقوله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان لا يفيد ان العهد يمين لجواز كونهما شيئين الامر بالايفاء بالعهد والنهي عن نقض الايمان المؤكدة باي معنى فرض النقض فاستدلال الكرخي على انها يمين لا يتم وهذا لان ايجاب الوفاء بالعهد لا يستلزم ايجاب الكفارة بخلاف ما عقد عليه الا لو ثبت في مكان آخر في الشرع انه كذلك قلنا ان اهل التفسير لما جعلوا المراد بالايمان هي العهود المتقدم ذكرها او ما هو في ضمنها وجب الحكم باعتبار الشرع اياها يمينا وان لم يكن حلفا بصفة الله تعالى كما حكم بان اشهد يمينا وان لم يكن فيه ذلك وايضا غلب الاستعمال لهما في معنى اليمين فيصرف اليه فلا يصرفهما عنه الا نية عدمه فالحالات ثلاثة اذا نوى اليمين او لم ينو يمينا ولا غيره فهو يمين وان قصد غير اليمين فليس بيمين فيما بينه وبين الله تعالى وكذا الذمة والامانة كان يقول وذمة الله او امانة الله لافعلن واستدل على كونها يمينا بانه عليه السلام اذا بعث جيشا يقول اذا حاصرتم اهل حصن او مدينة فارادوكم على ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم فدل على انه يمين ولا يخفى انه لا يستلزم ذلك والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة ولهذا يسمى الذمي معاهدا والامانة على هذا الخلاف فعندنا ومالك واحمد هو يمين وعند الشافعي بالنية لانها فسرت بالعبادات قلنا غلب ارادة اليمين اذا ذكرت بعد حرف القسم فوجب عدم توقفها على النية للعادة الغالبة واعلم ان في سنن ابي داؤد من حديث بريدة عنه عليه السلام من حلف بالامانة فليس منا فقد يقال انه يقتضي عدم كونه يمينا والوجه انه يقتضي منع المخالفة ولا يستلزم ذلك لانه لا يقتضي الكفارة عند الحنث والله اعلم ولو قال علي عهد الله وامانته وميثاقه ولا نية له فهو يمين عندنا ومالك واحمد ولو حنث لزمته كفارة واحدة وحكي عن مالك يجب عليه بكل لفظ كفارة لان كل لفظ يمين بنفسه وهو قياس مذهبنا اذا كرر الواو كما لو قال والله والرحمن والرحيم الا في رواية الحسن عن ابي حنيفة وعند الشافعي اذا قصد وكل لفظ يمينا تعددت الايمان والا يكون الجمع بين الالفاظ

وكذا اذا قال على نذر او نذر الله لقوله عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر تكون يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى كما اذا قال هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل

للتوكيد فتجب كفارة واحدة قلنا الواو للعطف وهو موجب للمغايرة **قوله** وكذا اذا قال على نذر او على نذر الله يعني يكون يمينا اذا ذكر المحلوف عليه بان قال على نذر الله لافعلن كذا او لا افعل كذا حتى اذا لم يف بما حلف عليه لزمته كفارة يمين هذا اذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيئا من القرب كحج او صوم فان كان نوى بقوله على نذر ان فعلت كذا قربة مقصودة يصح النذر بها ففعل لزمته تلك القربة قال الحاكم وان حلف بالنذر فان نوى شيئا من حج او عمرة فعليه ما نوى فان لم يكن له نية فعليه كفارة يمين ولا شك ان قوله عم من نذر نذرا لم يسمه فكفارته كفارة يمين رواه ابو داؤد من حديث ابن عباس رض يوجب فيه الكفارة مطلقا الا انه لما نوى بالمطلق في اللفظ قربة معينة كانت كالمسماة لانها مسماة بالكلام النفسي فانه ينصرف الحديث الى ما لا نية معه من لفظ النذر فاما اذا قال على نذر او نذر الله ولم يزد على ذلك فهذا لم يجعله يمينا لان اليمين انما تتحقق بمحلوف عليه فالحكم فيه ان تلزمه الكفارة فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة فاما اذا ذكر صيغة النذر بان يقول لله على كذا صلوة ركعتين مثلا او صوم يوم مطلقا عن الشرط او معلقا به او ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور مثل لله على نذر صوم يوم معلقا او منجزا فسياتي في فصل الكفارة فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر **قوله** ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا فاذا فعله لزمته كفارة يمين قياسا على تحريم المباح فانه يمين بالنص وذلك انه عم حرم مارية على نفسه فانزل الله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم ووجه الالحاق انه لما جعل الشرط وهو فعل كذا علما على كفره ومعتقده حرمة كفره فقد اعتقده اي الشرط واجب الامتناع فكانه قال حرمت على نفسي فعل كذا كدخول الدار ولو قال دخول الدار مثلا على حرام كان يمينا فكان تعليق الكفر ونحوه على فعل مباح يمينا اذا عرف هذا فلو قال ذلك لشيء قد فعله كان قال ان كنت فعلت كذا فهو كافر وهو عالم انه قد فعله فهو يمين الغموس لا كفارة فيها الا التوبة وهل يكفر حتى يكون التوبة اللازمة عليه التوبة من الكفر وتجديد الاسلام قيل لا وقيل نعم لانه تنجيز معنى لانه لما علقه بامر كائن فكانه قال ابتداء هو كافر والصحيح انه ان كان يعلم انه يمين فيه الكفارة اذا لم يكن غموسا لا يكفر وان كان في اعتقاده انه يكفر به يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل الذي علق عليه كفره وهو يعتقد انه يكفر اذا فعله واعلم انه ثبت في الصحيحين عنه عم انه قال من حلف على يمين بملة غير الاسلام كاذبا متعمدا فهو كما قال فهذا يتراأى اعم من ان يعتقده يمينا او كفرا والظاهر انه اخرج مخرج الغالب فان الغالب ممن يحلف بمثل هذه الايمان ان يكون من اهل الجهل لا من اهل العلم والخير وهؤلاء لا يعرفون الا لزوم الكفر على تقدير الحنث فان تم هذا والا فالحديث شاهد لمن اطلق القول بكفره **قوله** ولو قال ان فعلت كذا فعليه غضب الله او سخط الله فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق بالشرط اي لا يلزم سببية الشرط غاية الامر ان يكون نفس الدعاء متعلقا بالشرط فكان عند الشرط دعاء على نفسه ولا يستلزم وقوع المدعو بل ذلك متعلق باستجابة دعائه ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فهو زان او فاسق او سارق او شارب خمر او آكل ربوا لا يكون يمينا اما اولا فلان معنى اليمين ان يعلق ما يوجب امتناعه عن الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل وليس بمجرد وجود الفعل يصير زانيا او سارقا لانه لا يصير كذلك الا بفعل مستانف يدخل في الوجود ووجود هذا الفعل لوجود لازما ليس المحلوف عليه حتى يكون موجبا امتناعه عنه فلا يكون يمينا بخلاف الكفر فانه بالرضا به يكفر من غير توقف على عمل آخر او اعتقاد

ولو قال ان فعلت كذا فعليه غضب الله او سخط الله فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او آكل ربوا لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف

. الرضا بتحقيق مباشرة الشرط فيوجب عنده الكفر لولا قول طائفة من العلماء بالكفارة واما ثانيا فلان حرمة هذه الاشياء تحتمل السقوط وهو المراد بقوله يحتمل النسخ والتبديل اما الخمر فظاهر واما السرقة فعند الاضطرار الى اكل مال الغير وكذا اذا اكرهت المرأة بالسيف على الزنا وحرمة الاسم لا تحتمل السقوط فلم تكن حرمة هذه الاشياء في معنى حرمة الاسم وهذا فيه نظر لان كون الحرمة تحتمل الارتفاع او لا تحتمله لا اثر له فانه ان كان يرجع الى تحريم المباح فهو يمين مع ان ذلك المباح يحتمل تحريمه الارتفاع فان لم يرجع اليه لا يكون يمينا فلا معنى لزيادة كلام لا دخل له ولانه ليس بمتعارف ان يقال ان فعلت كذا فانا زان فلا يكون يمينا **فروع** في تعدد اليمين ووحدتها وغير ذلك اذا عدد ما يحلف به بلا واو مع اختلاف اللفظ او عدم اختلافه فهو يمين واحد كان يقول والله الرحمن الرحيم او يقول والله الله الا ان تعليل هذا بانه جعل الثاني نعتا للاول يأول وكذا بلا اختلاف مع الواو نحو والله والله او هو بريء من الله ورسوله وان كان بواو وهو في الاختلاف نحو والله والرحمن والرحيم تعددت اليمين بتعددها وكذا بواوين مع اتحاد نحو والله ووالله فيتفرع انه لو قال والله والله والرحمن انها ثلاثة ايمان او هو بريء من الله وبريء من رسوله فيمينان حتى لو قال هو بريء من الله وبريء من رسوله والله ورسوله منه بريئان ان فعل فهي اربعة ايمان فيلزمه بفعله اربع كفارات هذا كله ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة ان عليه في المختلفة كفارة واحدة لان الواو الكائنة بين الاسماء للقسم لا للعطف وبه اخذ مشايخ سمرقند واكثر المشايخ على ظاهر الرواية ولو قال بواوين كوالله ووالرحمن فكفارتان في قولهم وروى ابن سماعة عن محمد في غير المختلفة مطلقا نحو والله والله او والله الله كفارة واحدة هذا قبل ذكر الجواب ولو قال والله لا افعل كذا ثم اعاده بعينه فكفارتان وكذا لو قال لامرأته والله لا اقربك ثم قال والله لا اقربك فقربها لزمته كفارتان روي ذلك عن ابي يوسف وسواء كان ذلك في مجلس او مجالس وروى الحسن انه ان نوى بالثاني الخبر عن الاول صدق ديانة وهي عبارة عن تساهل فيها وانما المراد ان يريد بالثاني تكرار الاول وتاكيده واختار هذا الامام ابو بكر محمد بن الفضل قال فان نوى به المبالغة او لم ينو شيئا يلزمه كفارتان وقد مر في الايلاء وفي التجريد عن ابي حنيفة اذا حلف بايمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس فيه سواء ولو قال عنيت بالثاني الاول لم يستقم في اليمين بالله ولو حلف بحجة او عمرة تستقيم وهذا يخالف ما روى الحسن وفي الخلاصة عن نسخة الامام السرخسي في ايمان الاصل اذا حلف على امر ان لا يفعله ثم حلف في ذلك المجلس او في مجلس آخر ان لا يفعله ابدا ثم فعله ان نوى يمينا مبتدأ او التشديد او لم ينو فعليه كفارة يمينين اما اذا نوى بالثاني الاول فعليه كفارة واحدة وقدمنا في الايلاء لو قال والله لا اكلم فلانا يوما والله لا اكلمه شهرا والله لا اكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاث كفارات لانه انعقد على تلك الساعة ثلاثة ايمان يمين اليوم ويمين الشهر ويمين السنة فعليه اذا كلمه بعد ساعة ثلاث كفارات وان كلمه بعد يوم فعليه كفارتان لان يمين اليوم انحلت قبله فبقي على ذلك اليوم يمينان وان كلمه بعد شهر فكفارة واحدة وان كلمه بعد سنة فلا شيء عليه فعرف في الطلاق انه لو قال ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق فدخلت وقع عليها ثلاث تطليقات وما في الاصل من انه اذا قال هو يهودي هو نصراني ان فعلت كذا فهو يمين واحدة ولو قال هو يهودي ان فعل كذا هو نصراني ان فعل كذا فيمينان يفيدان في مثله تعدد اليمين منوط بتكرير المحلوف عليه مع تكرار الالتزام بالكفر ولو قال بريء من الكتب الاربعة فهو يمين واحدة وكذا لو قال هو بريء من التوراة والزبور والانجيل والفرقان يكون يمينا واحدة ولو قال هو بريء من التوراة وبريء من الانجيل

فصل في الكفارة **قال** كفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما يجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة

وبرى من الذبور وبرى من الفرقان فهو اربعة ايمان ولو قال هو شريك اليهودي هو كقوله يهودي ولو قال برى من هذه الثلثين يوما يعني شهر رمضان ان اراد من فريضتها يكون يمينا او عن اجرها اولم ينو شيئا لا يكون يمينا والاحتياط هو يمين ولو قال من الصلوة التي صليتها حنث لا يلزمه شئ بخلاف قوله من القرآن الذي تعلمت واختلف في برى من الشفاعة في مجموع النوازل الاصح انه ليس بيمين ولو قال دخلت الدار امس فقال نعم فقال له والله لقد دخلتها فقال نعم فهو حالف وروى بشر عن ابي يوسف قال لآخر ان كلمت فلانا فعبدي حر فقال نعم الا باذنك فهذا ان كلم بغير اذنه يحنث ولو قال رجل لآخر الله لتفعلن كذا او والله لتفعلن كذا فقال الآخر نعم فان اراد المبتدي الحلف وكذا المجيب فهما حالفان على كل منهما كفارة ان لم يفعل المجيب لان قوله نعم جواب وهو يستدعي اعادة ما في السؤال فكانه قال نعم والله لافعلن كذا وان نوى المبتدي الاستحلاف والمجيب الحلف فالمجيب هو الحالف وان لم ينو كل منهما شيئا فالحالف هو المجيب في قوله الله وفي قوله والله بالواو الحالف هو المبتدي وان اراد المبتدي الاستحلاف فاراد المجيب ان لا يكون عليه يمين وان يكون قوله نعم وعدا بلا يمين فهو كما نوى ولا يمين على واحد منهما ولو قال بالله فهو كقوله والله في جميع ذلك قال لمديونه ان لم تقض ديني غدا فامرأتك طالق فقال المديون نعم فقال له الرجل قل نعم فقال نعم واراد جوابه يلزمه اليمين ثانيا فتطلق بيمين وان دخل بينهما انقطاع في الفتاوى وفي مجموع النوازل قال الآخر والله لا اجي الى ضيافتك فقال الآخر ولا تجي الى ضيافتي قال نعم يصير حالفا ثانيا

فصل في الكفارة الكفارة فعالة من الكفر وهو الستر وبه سمي الليل كافرا قال في ليلة كفر النجوم غمامها تكفر ثم به اشتق وانما تضاف الى اليمين في قولنا كفارة اليمين اضافتها الى الشرط مجازا وعند الشافعي اضافتها الى السبب فاليمين هي السبب وسيذكر المسئلة **قوله** كفارة اليمين عتق رقبة اي اعتاقها لا نفس العتق فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى الكفارة لا يجوز ويجوز فيها ما يجزئ في الظهار تقوم المجزي في الظهار منها المسلمة والكافرة والذكر والانثى والصغيرة ولا يجزي فائت جنس المنفعة بخلاف غيره فتجزي العوراء لا العمياء ومقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف ولا يجوز مقطوعهما من جنب واحدة ولا المقطوعة اليدين او الرجلين وفي الاصم اختلاف الرواية والاصح انه اذا كان بحيث اذا صيح عليه يسمع جاز ولا يجوز المجنون الذي لا يفيق ومن يفيق ويجن يجوز ولا المدبر وام الولد لانهما استحقا فيهما الحرية فينقص الرق فيهما بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئا يجوز بخلاف الذي ادى بعض شئ لانه كالمعتق بعوض **قوله** وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد ويعني ان كساه ثوبين او ثلاثة فهو افضل وادناه ما يجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار وهي نصف صاع من بر وصاع من تمر وشعير ذكره الكرخي باسناده الى عمر انه قال صاع من تمر او شعير او نصفه من بر باسناده الى علي رضه قال كفارة اليمين نصف صاع من حنطة وبسنده الى الحسن انه قال يغديهم ويعشيهم وباسناده الى مجاهد قال كل كفارة في القرآن نصف صاع من بر لكل مساكين ولو غداهم وعشاهم وفيهم فطيم او فوقه قريبا لم يجز عن اطعام مسكين ويجوز ان يغديهم ويعشيهم بخبز ان كان برا لا يشترط الادام وان كان غيره فبالادام ويجوز في الاطعام كل من التمليك والاباحة وتقدم والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة للعبد الخيار في تعيين ايها شاء فتعين الواجب عينا بفعل العبد والمسئلة طويلة في الاصول

قال فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات وقال الشافعي يخير لإطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رض فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب في بيان أدنى الكسوة مروي عن محمد وعن أبي يوسف وأبي حنيفة رح أن أدناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لأن لابسه يسمى عريانا في العرف

أو دخل فيمن لم يقدر على العتق والكسوة والإطعام العبد فلا يكون كفارة يمينه إلا بالصوم ولو أعتق عنه مولاه أو أطعم أو كسا لا يجزيه وكذا المكاتب والمستسعى ولو صام العبد فعتق قبل أن يفرغ ولو بساعة فأصاب مالا وجب عليه استئناف الكفارة بالمال **قوله** فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة من الإعتاق والكسوة والإطعام كان عليه صوم ثلاثة أيام متتابعات وقال الشافعي يتخير بين التتابع والتفريق لإطلاق النص وهو قول مالك رح في قول آخر شرط التتابع كقولنا وهو ظاهر مذهب أحمد ولنا قراءة ابن مسعود رض فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهي كالخبر المشهور لشهرتها على ما قيل إلى زمن أبي حنيفة رح والخبر المشهور يجوز تقييد النص القاطع به فيقيد ذلك المطلق به فإن قيل الشافعي كان أولى بذلك منكم لأنه يحمل المطلق على المقيد كما في حادثتين وأنتم تحملونه في حادثة فحين ثم على موجب ذلك في هذا وتركتموه في صدقة الفطر في قوله أدوا عن كل حر وعبد وقوله أدوا عن كل حر وعبد من المسلمين أجيب عنا بأنا إنما نحمل في الحادثة الواحدة للضرورة ويستحيل أن يكون الفعل الواحد مطلوبا بقيد زائد على المطلق وتقييد إطلاقه للتنافي بينهما فإن الأول يقتضي أن لا يجوز إلا بقيد التتابع ولا تجزي التفريق والثاني يقتضي جوازه مفرقا لجوازه متتابعا وإذا وجب القدر الأول لزم انتفاء الثاني فلزم الحمل ضرورة وهذه الضرورة منتفية في صدقة الفطر لأن النصين المطلق والمقيد للأسباب ولا منافاة في الأسباب فيكون كل من المطلق والمقيد سببا وهذا الكلام يحتاج إلى تحقيق وتحقيقه أن الحمل لما لم يجب إلا للضرورة وهي المعارضة بين المطلق والمقيد ولا معارضة بينهما إلا لو قلنا بمفهوم المخالفة فإنه ح يكون الحاصل من المطلق أن ملك العبد سبب لوجوب الأداء عنه مسلما كان أو كافرا والحاصل من المقيد أن ملك العبد المسلم سبب وغير المسلم ليس سببا لفرض دلالة المفهوم فيتعارضان في غير المسلم فإذا رجح تقديم المفهوم على الإطلاق لزم انتفاء سببية غير المسلم ولزم أن المراد أن المسلم فقط هو السبب بالحمل ضرورة لكنهما لم نقل به فبقي مقتضى المطلق بلا معارض وهو أن المسلم وغيره سبب وأجابوا عما ألزم الشافعي رح بأن هذه الكفارة يجاذبها أصلان في التتابع وعدمه فحمل المطلق على المقيد بالتتابع في كفارة القتل يوجب التتابع وحمله على صوم المتعة بناء على أنه عنده دم جبر يوجب التفريق فترك الحمل على كل منهما للتعارض وعمل بإطلاق نص الكفارة **قوله** ثم المذكور في الكتاب أي المبسوط أو المختصر القدوري في بيان أدنى الكسوة المستقلة للواجب من أنه ما يجوز فيه الصلاة روي عن محمد وتجزيه دفع السراويل عنه تقييده بالرجل فإن أعطى السراويل للمرأة لا يجوز لأنه لا يصح صلاتها فيه وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رح أن أدناه ما يستر عامة بدنه ولا يجوز السراويل بناء على هذا وهو الصحيح لأن لابس السراويل يسمى عريانا فعلى هذا لا بد أن يعطيه قميصا أو جبة أو رداء أو قباء أو إزارا سابلا بحيث يتوشح به عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وإلا فهو كالسراويل لا يجزي إلا أنه إن أمكن أن يتخذ منها ثوب تجزي كما ذكرنا جاز وأما القلنسوة فلا تجزي بحال وإن كان قد روي عن عمران بن الحصين أنه سئل عن ذلك فقال إذا قدم وفد على الأمير فأعطاهم قلنسوة قيل قد كساهم فلا عمل على هذا وعن ابن عمر رض لا يجزي أقل من ثلاثة أثواب قميص وإزار ومئزر ورداء وعن أبي موسى الأشعري ثوبان قال الطحاوي وهذا كله إذا دفع إلى الرجل أما إذا دفع إلى المرأة فلا بد من خمار مع الثوب لأن صلوتها لا تصح دونه وهذا يشابه الرواية التي عن محمد في دفع السراويل أنه للمرأة لا يكفي وهذا كله خلاف ظاهر الجواب إنما ظاهر الجواب ما ثبت به اسم المكتسي وينتفي عنه اسم العريان وعليه بني عدم جواز السراويل لا صحة الصلوة وعدمها فإنه لا دخل له في الأمر بالكسوة وليس معناه إلا جعل الفقير مكتسيا على ما ذكرنا والمرأة إذا كانت لابسة قميصا سابلا وخمارا أو أعطي لباسا واسعا يستر رأسها وعنقها إلا أنه ... مكشوف ... ومع هذا لا تصح صلوتها فالعبرة لثبوت ذلك الاسم صحت الصلوة أو لا ثم اعتبار الفقير والغني عندنا عند إرادة التكفير وعند الشافعي عند الحنث فلو كان موسرا عند الحنث ثم أعسر عند التكفير أجزأه الصوم عندنا وبعكسه لا يجزيه وعند الشافعي رح

لكن ما لا يجزيه من الكسوة يجزيه من الطعام باعتبار القيمة وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي رح يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح

على القلب قياسه على الحد فان المعتبر وقت الوجوب للتنصيف بالرق وقلنا الصوم خلف عن المال كالتيمم فانما يعتبر فيه وقت الاداء اما العبد فليس ببدل عن حد الحر فلا يصح قياسه عليه **قوله** لكن ما لا يجزيه يعني لو اعطى الفقير ثوبا لا يجزيه عن الكسوة الواقعة كفارة بطريق الكسوة مثل السراويل على المختار او نصف ثوب يجزي وقيمته تبلغ قيمة نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير اجزأه عن الطعام فقير من الكفارة وكذا اذا اعطى عشرة مساكين ثوبا كبيرا لا يكفي كل واحد حصته منه الكسوة وتبلغ حصة كل منهم قيمة ما ذكرنا اجزأه عن الكفارة بالاطعام ثم ظاهر المذهب لانه لا يشترط للاجزاء عن الاطعام وعن ابي يوسف لا يجزيه الا ان ينويه عن الاطعام وعند زفر لا يجزيه نوى او لم ينو واعترض بقوله عم وانما لكل امرئ ما نوى فاذا لم ينو عن الاطعام لا يقع عنه لانه تعالى خير المكفر بين خصال ثلث فاذا اختار احدها صار كانه هو الواجب ابتداء وتحقيق الاحزان والجواب ان ان اراد انه لا بد من نية الكفارة فصحيح وبه نقول وقوله عم وانما لكل امرئ ما نوى وليله فلا يتصرف المؤدى لعاما او كسوة الى كونه كفارة الا بنية وان اراد انه لا بد ان ينوي التكفير بالاطعام والتكفير بالكسوة مثلا فممنوع فان الواجب التكفير باحد الاشياء التي كل منها متعلق الواجب هو فعل الدفع الذي هو نفس الواجب فاذا دفع احدها ناويا الامتثال فقد تم الواجب سواء كان يصلح اطعاما او غيره مما هو احد الثلاثة ولو توقف السقوط على ان ينوي دفع احدها انه عن الآخر انا لم يكف لنفسه لزم ان ينوي كل خصلة في نفسها فيجب ان ينوي في الاطعام انه اطعام وفي دفع الثوب انه كسوة ولا حاجة الى ذلك بل المحتاج اليه نية الامتثال بالفعل اذا كان ما يصلح للاسقاط به وقد نوى الاسقاط فانصرف الى الاسقاط فظهر ضعف كلام المعترض على ان كونه مختارا للكسوة اذا دفع ما لا يستقيم كسوة ممنوع وقد طولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا اعطى نصف صاع تمر في صدقة الفطر قيمته نصف صاع بر لا يجزي عنه بطريق القيمة واجيب بان جنس الكفارة في التمر والبر متحد منصوص عليه وهو سد حاجة البطن من التغذي ولا يدفع احدهما عن الآخر كالقمح عن الشعير بخلاف الكسوة مع الاطعام فانهما جنسان من الكفارة لدفع حاجتين متباينتين دفع حاجة البرد والحر ودفع حاجة التغذي فجاز جعل احدهما عن الآخر وانما نظر الى المورد من صدقة الفطر لو دفع ثوبا نفيسا صغيرا يبلغ قيمة ثوب كبار يجزي عن الكسوة ينبغي ان لا يجزيه عن الكسوة بل عن الاطعام **قوله** وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال دون الصوم لانه ادى بعد السبب هو اليمين وانما كان السبب للكفارة هو اليمين لانه اضيف اليه الكفارة في النص بقوله تعالى ذلك كفارة ايمانكم ولان اهل اللغة والعرف يقولون كفارة اليمين ولا يقولون كفارة الحنث والاضافة دليل سببية المضاف اليه للمضاف الواقع حكمه شرعيا او متعلقه كما فيما نحن فيه فان الكفارة متعلق الحكم الذي هو الوجوب واذا ثبت سببيته جاز تقديم الكفارة على الحنث لانه شرط والتقديم على الشرط بعد وجود السبب ثابت شرعا كما جاز في الزكوة تقديمها على الحول بعد السبب الذي هو ملك النصاب كما في تقديم التكفير بعد الجرح على الموت بالسراية ومقتضى هذا ان لا تفترق المال والصوم وهو قوله القديم وفي الجديد لا يقدم الصوم لان العبادات البدنية لا تتقدم على الوقت يعني ان تقديم الواجب بعد السبب قبل الوجوب لم يعرف شرعا الا في المالية كالزكوة فيقتصر عليه وذهب جماعة من السلف الى التكفير قبل الحنث مطلقا صوما كان او مالا وهو ظاهر الاحاديث التي يستدل بها على التقديم كما سنذكره ولنا ان الكفارة لستر الجناية من الكفر وهو الستر قال القائل في ليلة كفر النجوم غمامها وسمي الزراع كافرا لانه يستر البذر في الارض ولا جناية قبل الحنث لانها منوطة به لا باليمين لانه ذكر الله على وجه التعظيم ولذا اقسم النبي والصحابة على الايمان وكون الحنث جناية مطلقا ليس واقعا اذ قد يكون مشروعا واليا

فكان بكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة

اخرج الله الكلام مخرج الظاهر المتبادر من احلاف المحلوف عليه والحاصل انما السبب الحنث سواء كان به معصية او لا والمدار توقير ما يجب
لاسم الله عليه وهذا ليفيد ان السبب الحنث واليمين ليست بسبب لان اقل ما في السبب ان يكون مفضيا الى المسبب واليمين ليس كذلك لانه
مانع من عدم المحلوف عليه فكيف يكون مفضيا اليه نعم قد يتفق تحققه اتفاقا لا عن اليمين للعلم بان نفس اكل الفاكهة لم يتسبب عنه
نفس الحلف على تركه بخلاف الجرح لانه مفض الى التلف فلزم ان الاضافة المذكورة اضافة الى الشرط فان الاضافة الى الشرط جائزة
وثابتة في الشرع كما في كفارة الاحرام وصدقة الفطر على انه لو سلم ان اليمين سبب فلا شك في ان الحنث شرط الوجوب للقطع
بان الكفارة لا تجب قبله ولا وجوب بمجرد اليمين المشروط لا يوجد قبل شرطه فلا يقع التكفير واجبا قبله فلا يسقط الوجوب قبل ثبوته
ولا عند ثبوته بفعل قبله لم يكن واجبا فهذا مقتضى الدليل ورد الشرع على خلافه في الزكوة والجرح وصدقة الفطر على ما قدمناه في باب
صدقة الفطر فيقتصر على مورده فلا يلحق غيره به فان قيل قد ورد السمع به في قوله عم فليكفر عن يمينه ثم ليأت بالذي هو خير قلنا المعروف
في الصحيحين من حديث عبد الرحمن بن سمرة قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك
وائت الذي هو خير وفي مسلم من حديث ابي هريرة رضي الله عنه عنه عم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي
هو خير وحديث البخاري بالواو ليس في شيء من الروايات المعتبرة لفظ ثم الا وهو مقابل بروايات كثيرة بالواو فمن ذلك حديث
عبد الرحمن بن سمرة في ابي داود قال فيه فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير هذه الرواية مقابلة بروايات عديدة كحديث
عبد الرحمن هذا في البخاري وغيره بالواو فتنزل منزلة الشاذ منها فيجب حملها على معنى الواو حملا للقليل الاقرب الى اللفظ على الكثير
ومن ذلك حديث عائشة رضي في المستدرك كان عم اذا حلف لا يحنث حتى انزل الله كفارة اليمين فقال لا احلف الى ان قال الا كفرت
عن يميني ثم اتيت الذي هو خير وهذا في البخاري عن عائشة ان ابا بكر كان الى آخره في المستدرك وغيره العطف بالواو وهو اولى بالاعتبار
وقد شذت لمخالفتها روايات الصحيحين والسنن والمسانيد فيصدق عليها تعريف المنكر في علم الحديث وهو ما خالف الحافظ فيه الاكثر
يعني من سواه من هو اولى منه بالحفظ والاتقان فلا يعمل بهذه الرواية ويكون التعقيب المفاد بالفاء بجملة المذكور كما في ادخل السوق
فاشتر لحما وفاكهة فان المقصود تعقيب دخول السوق لشراء كل من الامرين وهكذا قلنا في قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وايديكم الآية وهذا لان الواو لما
لم يقتض التعقيب كان قوله فليكفر لا يلزم تعقيبه للحنث بل جاز كونه قبله كما بعده فلزم من هذا كون الحاصل فليفعل الامرين فيكون المعقب
الامرين ثم وردت روايات بعكسه منها ما في صحيح مسلم من حديث عدي بن حاتم عنه عم من حلف على يمين فرأى خيرا منها فليأت
الذي هو خير وليكفر عن يمينه ومنها ما رواه الامام احمد عن عبد الله بن عمرو قال قال عم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت
الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقال النسائي اخبرنا احمد بن منصور عن سفيان ثنا ابو الزعراء عن عم ابي الاحوص عن ابيه قال قلت يا رسول الله
ارأيت ابن عم لي آتيه اسأله فلا يعطيني ولا يصلني ثم يحتاج الي فيأتيني ويسألني وقد حلفت ان لا اعطيه ولا اصله فامرني ان آتي الذي هو
خير واكفر عن يميني ورواه ابن ماجة بنحوه ثم لو فرض صحة رواية ثم كان من تغيير الرواة اذا ثبتت الروايات في الصحيحين وغيرهما
من كتب الحديث بالواو ولو سلم فالواجب ما قدمنا من حمل القليل على الكثير الشهير وحينئذ فتحمل ثم على الواو التي اصالة كتب

قال ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام
من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو
الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث عليه لانه ليس باهل اليمين لانها
تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل الكفارة لانها عبادة

الحديث بهذا دون ثم واما لفظ الحديث على ما ذكره المصنف فلم يعرف اصلا اعني قوله من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت
بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه الا ان المطلوب لم يتوقف عليه كذلك هذا ولفظ اليمين في قوله عليه السلام من حلف على يمين مجاز من اطلاق
اسم الكل على الجزء وهو المقسم عليه لان اليمين اسم لمجموع القسم والمقسم عليه وهو المراد قوله ثم لا يسترد من الفقير يعني اذا دفع الى الفقير
الكفارة قبل الحنث وقلنا لا يجزيه فليس له ان يسترده منه لانه تمليك لقد قصد به القربة مع شيء آخر وقد حصل التقرب وترتب الثواب
فليس له ان ينقضه ويبطله **قوله** ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث اي يجب عليه ان يحنث
نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقد ذكرناه آنفا ولان فيما
قلناه من تحنيث نفسه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة وثبوت جابر الشيء كثبوت نفسه فكان المتحقق البر ولا جابر للمعصية في ضده اي
في ضد ما قلناه وهو تحنيث نفسه وضد تحنيث نفسه هو ان يبر في يمينه بفعل المعصية فانه يتقرر المعصية دون جابرة يجبرها
واعلم ان المحلوف عليه انواع فعل معصية او ترك فرض فالحنث واجب او شيء غيره اولى منه كالحلف على ترك وطئ زوجته شهرا ونحوه
فان الحنث افضل لان الرفق يمن وكذا الحلف ليضربن عبده وهو يستاهل ذلك او ليشكون مديونه ان لم يوافه غدا لان العفو افضل
وكذا تيسير المطالبة او على شيء وضده مثله كالحلف لا ياكل هذا الخبز او لا يلبس هذا الثوب فالبر في هذا وحفظ اليمين اولى ولو قال قائل
انه واجب لقوله تعالى واحفظوا ايمانكم على ما هو المختار في تاويلها انه البر فيها امكن **قوله** واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه
فلا حنث عليه اي لا كفارة عليه فالمراد حكم الحنث المعهود وكذا اذا حلف مسلما ثم ارتد ثم اسلم فحنث لا يلزمه شيء وعلى هذا الخلاف اذا قدر الكافر
ما هو قربة من صدقة او صوم لا يلزمه شيء عندنا بعد الاسلام ولا قبله وبقولنا في مسئلة الكتاب قال مالك وعند الشافعي واحمد
يلزمه الكفارة بالمال لانه اهل لايجابه دون الصوم لانه عبادة وليس هو اهلا لها وصار كالعبد لما تعذر عليه الكفارة بالمال تعين عليه
احدى الخصال فكذا هذا لما تعذر منه الصوم تعين ما سواه وايضا هو اهل للبر فانه يعتقد حرمة اسم الله جل وعلا ويمتنع عن اخلاف
ما عقده عليه ولهذا يستحلف في الدعاوي ويدخل في المال العتق فانه يقبل الفصل من العبادة كالعتق للشيطان ونحوه فيكون في حقه
مجرد استقاط المالية ثم يثبت في هذا السمع وهو ما في الصحيحين ان عمر بن الخطاب قال يا رسول الله اني نذرت في الجاهلية ان اعتكف ليلة
في المسجد الحرام وفي رواية يوما فقال اوف بنذرك وفي حديث القسامة من الصحيحين قوله عليه السلام تبرئكم يهود بخمسين يمينا ولنا قوله تعالى انهم لا
ايمان لهم واما قوله تعالى بعده نكثوا ايمانهم فيعني صور الايمان التي اظهروها وبالحاصل لزوم تاويل اما في ايمان لهم كما قال الشافعي ان المراد
لا ايفاء لهم بها او في نكثوا ايمانهم على قول ابي حنيفة ان المراد ما هو صور الايمان دون حقيقتها الشرعية وترجح الثاني بالفقه وهو انا نعلم ان من
كان اهلا لليمين يكون اهل الكفارة وليس الكافر اهلا لها لانها انما شرعت عبادة يجبر بها ما ثبت من اثم الحنث ان كان او ما وقع من اخلاف
ما وقع عليه اسم الله تعالى اقامة لواجبه وليس الكافر اهلا لفعل العبادة وقولهم ايجاب المال والعتق يمكن تجريده من معنى العبادة ليس بشيء لان الكلام في ايجاب المال
والعتق من حيث هو ايجابهما والكلام في ايجابهما كفارة وايجابها كفارة لا يقبل الفصل كما ذكرنا ولو فصل لم يكن كفارة لان ما شرع بصفة لا يثبت مشروعا

ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه

الا بتلك الصفة والا فهو شئ آخر واما تحليف القاضي وقوله صلى الله عليه وسلم لليهود تكم بيهود خمسين يمينا فالمراد كما قلنا صورة الايمان فان المقصود منها رجاء النكول والكافر وان لم يثبت في حقه شرعا اليمين الشرعي المستعقب لحكمه وهو يعتقد في نفسه تعظيم اسم الله تعالى وحرمته اليمين به كاذبا فيمتنع عنه فيحصل المقصود من ظهور الحق فشرع الزامه بصورتها لهذه الفائدة وما في الهداية من انه مع الكفر لا يكون معظما ليس بصحيح الا ان يريد تعظيما يقبل منه ويجازى عليه واما قوله عمر اوف بنذرك فالمشهور من مذهب الشافعي ان نذر الكافر لا يصح فالاستدلال به كاللجاج وحمله يكونه انه امره ان يفعل مثله قربة مستانفة في حال الاسلام لا على انه الواجب بالنذر رد الى هذا العلم من الشرع ان الكافر ليس اهل القربة من القرب فليس اهلا لالتزامها الا ترى انه لو فعلها لم تصح منه وتصحيح الالتزام ابتداء يراد لفعل نفس الملتزم لا لاسعاف العذاب وقول الطحاوي انه ليس متقربا الى الله تعالى بل الى ربه الذي يعبده من دون الله انما يستقيم في بعض الكفار وهم المشركون على تقدير قصده بنذره الذي اشرك به ففيه قصور عن محل النزاع **قوله** ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه كهذا الثوب على حرام او هذا الطعام او هذه الجارية او الدابة لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين ليس علته شرطا للزوم حكم اليمين فانه جار في نحو كلام زيد على حرام ولو اريد بلفظ شيئا ما هو اعم من الفعل فيتناول نحو كلام زيد ولم يدخل نحو هذا الطعام على حرام الطعام لا يملكه لانه حرام عليه التصرف فيه مع انه يصير به حالفا حتى لو اكله حلالا او حراما لزمته كفارة والحاصل ان حرمته لا تمنع تحريمه حلفا الا ترى الى قولهم لو حرم الخمر على نفسه فقال الخمر على حرام ان المختار للفتوى انه ان اراد به التحريم يعني الانشاء تجب الكفارة اذا شربها كانه حلف لا اشرب الخمر وان اراد الاخبار او لم يرد شيئا لا تجب الكفارة لانه امكن تصحيحه اخبارا والمنقول فيه خلاف بين ابي يوسف وابي حنيفة عند احدهما يحنث مطلقا وعند الآخر لا يحنث من غير نظر الى نية ولو قال الخبز على حرام فليس بيمين الا ان يقول ان اكله وقيل هو قياس الخمر وهو الوجه اعلم ان الظاهر من تحريم هذه الاعيان انصراف اليمين الى الفعل المقصود منها كما في تحريم الشرع لها في نحو حرمت عليكم امهاتكم وحرمت الخمر والخنزير فانه ينصرف الى النكاح والشرب والاكل وكذا قال في الخلاصة لو قال هذا الثوب على حرام فلبسه حنث الا ان ينوي غيره وان قال ان اكلت هذا الطعام فهو حرام فاكله لا يحنث وذكر في المنتقى لو قال كل طعام اكله في منزلك فهو على حرام ففي القياس لا يحنث اذا اكله كذا روى ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله وفي الاستحسان يحنث والناس يريدون بهذا ان اكله حرام انتهى وعلى هذا فيجب في التي قبلها وهي قوله ان اكلت هذا الخبز فهو على حرام ان يحنث اذا اكله وكذا ما ذكر في الحيل ان اكلت طعاما عندك ابدا فهو حرام فاكله لم يحنث ينبغي ان يكون جواب القياس ولو قال لقوم كلامكم على حرام او كلامهم كلام منهم حنث وفي مجموع النوازل وكذا كلام فلان وفلان على حرام يحنث بكلام احدهما وكذا كلام اهل بغداد وكذا اكل هذا الرغيف على حرام يحنث باكل لقمة بخلاف ما لو قال والله لا اكلم لا يحنث حتى يكلمهم وفي الخلاصة لو قال هذا الرغيف على حرام حنث باكل لقمة وفي فتاوى قاضي خان قال مشائخنا الصحيح انه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف على حرام بمنزلة قوله والله لا اكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث باكل البعض وان قالت لزوجها انت على حرام او حرمتك يكون يمينا ولو جامعها طائعة او كرها يحنث بخلاف ما لو حلف لا يدخل هذه الدار فادخل لا يحنث ولو قال الدراهم التي في يده هذه الدراهم على حرام ان اشترى بها حنث وان تصدق بها او وهبها لم يحنث بحكم العرف **قوله** وقال الشافعي لا كفارة عليه يعني الا في الجواري والنساء وبه قال مالك لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين الا ان الشرع ورد به

ولو قال كل حل علىّ حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوى غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رح وجه الاستحسان ان المقصود هو البر ولا يتحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشائخنا قالوا يقع به الطلاق عن غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغى فى قوله حلال بروى حرام للعرف واختلفوا فى قوله هرچه بدست راست گيرم بروى حرام انه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف

فى الجوارى والنساء فى معناها فيقتصر على مورده والاستدلال بعد هذا بقوله تعالى يا ايها النبى لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فبين سبحانه انه ص حرم شيئا مما هو حلال وان فرض له التحلة فعبر عن ذلك بقوله تحلة ايمانكم وعلم انه سبحانه جعل تحريم ما احل الله له يمينا فيها الكفارة غير مقيد لان الكلام الآن فى تخصيصه بمورده او تعميمه اجيب بان العبرة لعموم اللفظ وهو قوله ما احل الله لك وقد يدفع بان المراد به خصوص ما وقع تحريمه اى لم حرمت ما كان حلالا لك ولذا قال تبتغى مرضات ازواجك وابتغاء مرضاتهن لا يتعلق بعموم تحريم المباحات بل ببعضه فيسير الجواب انه كما ورد انها انزلت فى تحريم مارية ورد انها نزلت فى تحريم العسل فى الصحيحين عن عائشة رض كان عليه الصلوة والسلام يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت انا وحفصة ان ايتنا دخل عليها فلتقل انى اجد منك ريح مغافير فدخل على احدانا فقالت له ذلك فقال لا بل شربت عسلا عند زينب ولن اعود اليه فنزلت يا ايها النبى لم تحرم وهذا اولى بالاعتبار لان رواية صاحبة القصة وفيه زيادة الصحة ولا مانع من كون نزولها فى الامرين جميعا وقوله تعالى تبتغى مرضات ازواجك وان كان ظاهرا فى انها فى تحريم مارية لان مرضاتهن كان فى ذلك لا فى ترك العسل فلا شك انه ايضا فى ترك شربه عند الضرورة وان قيل انه روى انه قال والله لا اذوقه فلذلك سمى تحريما ولزمته التحلة اجيب بانه لم يذكر فى الآية ولا فى الحديث الصحيح فلا يجوز ان يحكم به وتقييد حكم النص واعلم ان الذى فى الحديث الصحيح هو قوله ولن اعود اليه ولا اشكال ان هذا ليس بيمين موجب للكفارة عندنا فحيث ذكر الله تعالى ما يفيد ان الواقع منه كان يمينا وجب الحكم بانه كان منه ص مع ذلك القول قول آخر لم يرو فى تلك الرواية ثبت به اليمين فجاز كونه قوله والله لا اذوقه وجاز كونه لفظ التحريم الا ان لفظ حرم على نفسه ظاهر فى ارادة قال حرمت كذا ونحوه بخلاف الحلف على تركه وحاصل الوجه الذى اقتصر عليه المص هو ان لفظه ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله باثبات حرمة اى حرمة ذلك الشئ لغيره وهو اليمين باثبات موجب اليمين وهو البر اذا لم يفعله والكفارة ان فعله صونا لكلامه عن الالغاء فصلى الله عليه نعم المعنى المذكور للمص وغيره من قوله ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة فى قوله وعليه ان استباحه كفارة يمين وبه عرف ان مراده بقوله لم يصر محرما عليه المحرم لنفسه والا لم يصح قول استباحه وانما يحنث بالقليل والكثير لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه فيتناول جزء يلزمه الحنث وهذا بخلاف ما تقدم من والله لا اكلم وهذا الرغيف على حرام على ما نقل قاضى خان عن المشائخ **قوله** ولو قال كل حلال على حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوى غير ذلك فاذا اكل او شرب حنث ولا يحنث بجماع زوجته والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه كفتح العينين وتحريك الجفنين وهو قول زفر بناء على انعقاده على العموم كما هو ظاهر اللفظ وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم والظاهر انه لم ينعقد للحنث ابتداء اى لا يكون الغرض من عقد اليمين الحنث فكان ذلك قرينة صارفة عن ميراثه العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه اى هذا اللفظ يستعمل فيما يتناول عادة وهو الطعام والشراب فظهر ان ما قيل انه تعذر الحمل على العموم فيحمل على اخص الخصوص لا يصح اذ ليس مجموع الطعام والشراب اخص الخصوص بل حمل على ما تعورف فيه اللفظ ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم فى غير الطعام والشراب مع صلاحيته للفظ فاذا نواها اتصلت النية بلفظ صالح فصح فيه دخولها فى الارادة بخلاف نحو اسقنى اذا اريد به الطلاق لا يقع لعدم الصلاحية فلو وقع كان بمجرد النية فاذا نواها كان ايلاء لان الحالف على قربانها ايلاء ولا ينصرف عن الطعام والشراب فايهما فعل حنث واذا كان ايلاء فهو ايلاء مؤبد فان قربها

ومن نذر ... فعليه الوفاء به

اربعة اشهر بانت الى آخر احكام الايلاء والمراد ان هذا كله جواب ظاهر الرواية ومتاخرو المشائخ كابي بكر الاسكاف وابي بكر بن ابي سعيد والفقيه ابي جعفر قالوا يقع به الطلاق بحكم الغلبة الاستعمال في الطلاق فينصرف اليه من غير نية وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال المص وعليه الفتوى وقال البزدوي في مبسوطه كذا قال بعض مشائخ سمرقند ولم يتضح لي عرف الناس في هذا لان من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة ولو كان العرف مستفيضا في ذلك لما استعمله الا ذو الحليلة فالصحيح ان يقيد الجواب في هذا ويقول ان نوى الطلاق يكون طلاقا اما من غير دلالة فالاحتياط ان يقف الانسان فيه ولا يخالف المتقدمين واعلم ان مثل هذا اللفظ لم يتعارف في ديارنا بل المتعارف فيه حرام كلامك ونحوه كاكل كذا ولبسه دون الصيغة العامة وهي كل حل علي حرام وتعارفوا ايضا الحرام يلزمني ولا شك في انهم يريدون الطلاق معلقا فانهم يذكرون بعده لا افعل كذا او لتفعلن وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمني لا افعل كذا فانه يراد به ان فعلت كذا فهي طالق ويجب امضاؤه عليهم وفي القنية لو قال حلال الله علي حرام او قال حلال خداي ولا امرأة له ينصرف اليها من غير نية وعليه الفتوى وان لم تكن له امرأة تجب عليه الكفارة قال المص وكذا ينبغي في حلال بروي حرام للعرف يعني يقع به الطلاق على ما اختاره للفتوى واختلفوا في قوله هرچه بدست راست گيرم بروي حرام انه هل يشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف قال في الخلاصة لا يصدق انه لم ينو ولو قال هرچه بدست راست گرفته ام فهو بمنزلة قوله گيرم ولو قال هرچه بدست چپ گيرم في مجموع النوازل لا يكون طلاقا وان نوى ولو قال هرچه بدست گيرم ولم يقل براست او چپ فهو كقوله بدست راست گيرم والحاصل ان المعتبر في انصراف هذه الالفاظ عربية او فارسية الى معنى بلا نية التعارف فيه فان لم يتعارف سئل عن نيته وفيما ينصرف بلا نية لو قال اردت غيره لا يصدقه القاضي وفيما بينه وبين الله تعالى هو مصدق **قوله** ومن نذر نذرا مطلقا اي غير معلق بشرط كان يقول على الله صوم شهر او حجة او صدقة او صلوة ركعتين ونحوه مما هو طاعة مقصودة لنفسها ومن جنسها واجب فعليه الوفاء به وهذه شروط لزوم النذر فخرج النذر بالوضوء لكل صلوة فانه لا يلزم لانه غير مقصود لنفسه وكذا النذر بعيادة المريض لانه ليس من جنسه واجب ولا كون المنذور معصية يمنع انعقاد النذر فيجب ان يكون معناه اذا كان حراما لعينه او ليس فيه جهة القربة فان المذهب ان نذر صوم يوم العيد ينعقد ويجب الوفاء بصوم يوم غيره ولو صامه خرج عن العهدة ولنا فيه بحث ذكرناه في مختصر الاصول ومذهب احمد في كفارة يمين فيها بحديث ورد فيه وهو قوله عليه السلام لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين رواه الترمذي بسند قال فيه صاحب التنقيح كلهم ثقات ومع ذلك فالحديث غير صحيح بعلة وكذا قال الترمذي وقوله فعليه الوفاء به اي من حيث هو قربة لا بكل وصف التزمه به وعين وهو خلافية زفر ولو نذر ان يتصدق بهذه الدراهم فتصدق بغيره من نذره او نذر التصدق في هذا اليوم فتصدق في غد او نذر ان يتصدق على هذا الفقير فتصدق على غيره من نذره اجزاه في كل ذلك خلافا لزفر له انه اتى بغير ما نذره ولنا ان لزوم ما التزمه باعتبار ما هو قربة لا باعتبارات آخر لا دخل لها في صيرورته قربة وقد اتى بالقربة الملتزمة وكذا اذا نذر ركعتين في المسجد الحرام فادّاها في اقل شرفا منه او فيما لا شرف له اجزاه خلافا لزفر وافضل الاماكن المسجد الحرام ثم مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ثم مسجد بيت المقدس ثم الجامع ثم مسجد الحي ثم البيت لانه نذر بزيادة قربة فتلزم قلنا عرف من الشرع ان التزام ما هو قربة موجب ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد العبادة بمكان بل انما عرف ذلك لله تعالى فلا يتعدى لزوم اصل القربة بالتزام الى لزوم التخصيص بمكان فكان ملغى ولقي لازما بما هو قربة فان قلت من شروط النذر كونه غير معصية فكيف قال ابو يوسف اذا نذر ركعتين بلا وضوء يصح نذره خلافا لمحمد والجواب ان محمدا

لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وعن ابي حنيفة رح انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزأه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رح ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع وهذا التفصيل هو الصحيح

اداه كذلك واما ابو يوسف فانما صحح بوضوء لانه يعين نذر ركعتين لزمتاه بوضوء لان التزام المشروط التزام الشرط فقوله بعد ذلك بغير وضوء لغو لا يؤثر ونظيره اذا نذرهما بلا قراءة لزمتاه ركعتين بقراءة او نذر ان يصلي ركعة واحدة لزمتاه ركعتين او ثلثا لزمتاه اربع وقال زفر لا يصح النذر في الاوليين لان الصلوة بلا قراءة والركعة الواحدة غير قربة وفي الثالثة وهي ما اذا نذر بثلث يلزمه ركعتان لانه التزم ركعة بعد الشفعتين فصار كما اذا التزمها مفردة على قوله لنا معنى ما قدمناه وهو ان الالتزام لشيء التزام ما لا صحة له الا به ولا صحة للصلوة بلا قراءة ولا للركعة الواحدة الا بشفع الثانية اليها فكان ملتزما القراءة والثانية واحتاج محمد الى الفرق بين التزام الصلوة بلا وضوء حيث ابطله والتزامها بلا قراءة حيث اجازه والفرق ان الصلوة بلا طهارة ليست عبادة اصلا وبلا قراءة تكون عبادة كصلوة الامي وهذه المسائل وان كانت تقدمت متفرقة الا ان هذا المكان محلها بالاصالة فلم يخل اعادة منها فصيحة لدين رب العالمين **قوله** لقوله عم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وهذا دليل لزوم الوفاء بالمنذور وهو حديث غريب الا انه مستغنى عنه في لزوم المنذور الكتاب والسنة والاجماع قال تعالى وليوفوا نذورهم وصرح المص في كتاب الصوم بان المنذور واجب للآية وتقدم الاعتراض بانها توجب الافتراض للقطعية والجواب بانها مؤولة اذ خص منها النذر بالمعصية وبما ليس من جنسه واجب فلم تكن قطعية الدلالة والسنة كثيرة منها حديث في البخاري من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصي الله فلا يعصه رواه عائشة رض والاجماع على وجوب الايفاء به واستدل من قال من المتاخرين بافتراض الايفاء بالنذر **فروع** اذا نذر شهرا فان عينه كرجب وجب التتابع لكن لو افطر يوما لا يلزمه الاستقبال كرمضان لو افطر فيه يوما لا يلزمه الا قضاؤه كذا هذا وان لم يعين بل نكره كشهر ان شاء تابعه وان شرط التتابع لزمه فيستقبل ولو التزم بالنذر اكثر مما يملكه لزمه ما يملكه هو المختار قال الطحاوي اذا اضاف النذر الى سائر المعاصي كلله علي ان اقتل فلانا كان يمينا ولزمته الكفارة بالحنث لله علي ان اطعم المساكين على عشرة عند ابي حنيفة يقع على طعام مسكين لزمه نصف صاع حنطة استحسانا لله علي ان اعتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه ان يعتقها فان لم يعتقها اثم ولا يجبره القاضي قال ان برئت من مرضي فعلي شاة اذبحها او ذبحت شاة لا يلزمه شيء ولو قال اذبحها واتصدق بلحمها لزمه قال لله علي ان اذبح جزورا فاتصدق بلحمه فذبح مكانه سبع شياه جاز **قوله** وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث الذي رويناه من البخاري وغيره فانه امر بذلك من غير تقييد بمنجز ولا معلق ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فصار كانه قال عند الشرط لله علي كذا وعن ابي حنيفة رح انه رجع عنه او عن لزوم عين المنذور اذا كان معلقا بالشرط الا انه مخير بين فعله بعينه وكفارة يمين وهو قول محمد اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة ان شاء حج او صام منسوبا ذكره خان كان فقيرا صار مخيرا بين صوم سنة او صوم ثلثة ايام والاول وهو لزوم الوفاء عينا هو المذكور في ظاهر الرواية والتخيير عن ابي حنيفة في النوادر وروي عن عبد العزيز بن خالد الترمذي خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفارات على ابي حنيفة فلما انتهيت الى هذه المسئلة قال قف فان من رائي ان ارجع فلما رجعت من الحج اذا ابو حنيفة قد توفي فاخبرني الوليد بن ابان انه رجع قبل موته بسبعة ايام وقال يتخير وبهذا كان يفتي اسمعيل الزاهد وقال الولوالجي مشايخ بلخ وبخارى يفتون بهذا وهو اختيار شمس الائمة قال لكثرة البلوى في هذا الزمان وجه الظاهر العمومات من الآية الكريمة والاحاديث وجه رواية النوادر ما في صحيح مسلم من حديث عقبة بن عامر عنه عم قال كفارة النذر كفارة اليمين فهذا يقتضي ان يسقط بالكفارة مطلقا فيتعارض فيحمل مقتضى الايفاء بعينه على المنجز ومقتضى سقوطه بالكفارة على المعلق ولا يشكل ان المعلق

قال ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلاً بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

متصف في الحال فالنذر فيه معدوم فيه كاليمين في ان سبب الايجاب هو الحنث متصف حالة التكلم فيلحق به بخلاف النذر المنجز لانه نذر ثابت في وقته فيدخل فيه حديث الايفاء هو اختيار المص والمحققون ان المراد بالشرط الذي تجب معه الكفارة الشرط الذي لا يريد كونه مثل دخل الدار وكلام فلان فاسدا اذا لم يرد كونه يعلم انه لم يرد كون النذر حيث جعله مانعا من فعل ذلك الشرط لان تعليق النذر على ما لا يريد كونه بالضرورة يكون لمنع نفسه عنه فان الانسان لا يريد ايجاب العبادات دائما وان كانت مجلبة للثواب مخافة ان يثقل فيتعرض للعقاب ولهذا صح عنه عليه السلام انه نهى عن النذر وقال انه لا يأتي بخير الحديث واما الشرط الذي يريد كونه مثل قوله ان شفى الله مريضي او قدم غائبي او مات عدوي فعلي صوم شهر فوجد الشرط لا يجزيه الا عين فعل المنذور لانه اذا اراد كونه كان مريدا كون النذر فكان النذر في معنى المنجز فيندرج في حكمه وهو وجوب الايفاء فصار محل ما يقتضي الايفاء المنجز والمعلق المراد كونه ومحل ما يقتضي اجزاء الكفارة المعلق الذي لا يراد كونه وهو المسمى عند طائفة من الفقهاء نذر اللجاج ومذهب احمد فيه هذا التفصيل الذي اختاره المص واستدل ابن الجوزي في التحقيق للاكتفاء بالكفارة في خصوص هذا النذر بحديث مسلم مع انه مطلق بعين ما قلنا وهذا التقرير اولى مما قيل لان الشرط اذا لم يرد كونه كان في معنى اليمين للمنع فاجزأ فيه الكفارة بخلاف الذي يريد كونه ورد على هذا التقرير ان اليمين كما تكون للمنع تكون للحمل فلم يختص معناها بما لا يراد كونه فالفرق على هذا الحكم **قوله** ومن حلف على يمين اي على محلوف عليه فقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه وكذا اذا نذر وقال ان شاء الله متصلا لا يلزمه شيء قال محمد بلغنا ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وكذلك قال موسى عليه السلام ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعد مخلفا لوعده وتقدم في الطلاق وهو قول اكثر اهل العلم وقال مالك يلزمه حكم اليمين والنذر لان الاشياء كلها بمشيئة الله فلا يتغير بذكره حكم وللجمهور قوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فلا حنث عليه رواه ابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة وقال الترمذي حديث حسن ولانه تعليق للمحلوف عليه بمشيئة الله تعالى اعني اذا قال والله لا اخرج اليوم ان شاء الله فقد علق خروجه بمشيئة الله تعالى فاذا خرج لا يحنث لان المعنى ان شاء الله عدم الخروج لا اخرج فاذا خرج تبين انه تعالى لم يشأ عدم الخروج وهذا ينقض على مالك في اليمين اما في الطلاق فالكلام معه بحسب المعنى عسر فانه اذا قال انت طالق ان شاء الله فالظاهر ان المتعلق بالمشيئة هو انت طالق ولا معنى له لانه قد شاء الله قوله وقوله انت طالق هو الموجب للقطع بشرطه فلا يمكن اعدامه فلو جعل مصروفا الى الوقوع على معنى انت طالق ان شاء الله وقوع طلاقك بخلاف اللفظ ثم لا يجدي لانه قد شاء الله وقوع طلاقها اذ قد شاء تلفظه بانت طالق غير معلق بشرط لما ذكرنا ان المعلق بالمشيئة ان كان لفظ انت طالق فقد شاءه حيث وجد فيوجد حكمه او نفس الوقوع فقد شاءه حيث شاء علته وهو تلفظه وما في الطلاق تقدم تضعيفه هذا ما وعدناه في الطلاق

ثم شرط عمل الاستثناء في الابطال الاتصال فلو انقطع بنفس او سعال ونحوه لا يضر والله تعالى اعلم

باب اليمين في الدخول والسكنى ارد بيان الافعال التي يحلف عليها فعلا فعلا وقدم فعل السكنى لان اول الافعال التي يحتاج

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة أو الكنيسة لم يحنث لأن البيت ما أعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا إذا دخل دهليزا أو ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لأنه يبات فيه عادة وإن دخل صفة حنث لأنه يبنى للبيتوتة فيه في بعض الأوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب يجري على إطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لأن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت بذلك أشعار العرب فالبناء وصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر

إليها الإنسان أن يخلو مكانا ثم يفعل ما يحتاج إليه من اللبس والأكل وغيره وكل من الأكل والشرب وإن كان من الضروريات لكن حاجة الحلول في مكان ألزم للجسم من أكله ولبسه **قوله** ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد أو الكنيسة وهي متعبد اليهود والبيعة وهي متعبد النصارى لم يحنث لأن الأصل أن الأيمان مبنية على العرف عندنا لا على الحقيقة اللغوية كما نقل عن الشافعي ولا على الاستعمال القرآني كما عن مالك رحمه الله ولا على النية مطلقا كما عن أحمد رحمه الله لأن المتكلم إنما يتكلم بالكلام العرفي أعني الألفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت لها في العرف كما أن العربي حال كونه بين أهل اللغة إنما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف ألفاظ المتكلم إلى ما عهد أنه المراد بها ثم من المشايخ من جرى على هذا الإطلاق فحكم في الفرع الذي ذكره صاحب الذخيرة والمرغيناني وهو ما إذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت أنه يحنث بأنه خطأ ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف بما إذا لم يمكن العمل بحقيقته ولا يخفى أن هذا يصير المعتبر الحقيقة اللغوية إلا فيما من الألفاظ ليس له وضع لغوي بل أحدثه أهل العرف وإن ماله وضع لغوي ووضع عرفي يعتبر معناه اللغوي وإن تكلم به متكلم من أهل العرف وهذا يهدم قاعدة حمل الأيمان على العرف فإنه لم يصر المعتبر إلا ما تعذر وهذا بعيد إذ لا شك أن المتكلم لا يتكلم إلا بالعرف الذي به التخاطب سواء كان عرف اللغة إن كان من أهل اللغة أو غيرها إن كان من غيرها نعم ما وقع استعماله مشتركا بين أهل اللغة وأهل العرف تعتبر اللغة على أنها العرف وأما الفرع المذكور فالوجه فيه أنه إن كان نواه في عموم بيتا حنث وإن لم يخطر له وجب أن لا يحنث لانصراف الكلام إلى المتعارف عند إطلاق لفظ بيت فظهر أن مرادنا بانصراف الكلام إلى العرف أنه إذا لم تكن له نية كان موجب الكلام ما يكون معنى عرفيا وإن كان له نية شيء واللفظ يحتمله انعقد اليمين باعتباره إذا عرف هذا فالكعبة وإن أطلق عليها بيت في قوله تعالى إن أول بيت وضع للناس للذي ببكة وكذا المسجد في قوله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع وكذا بيت العنكبوت في بيت الكلام ولكن إذا أطلق البيت في العرف فإنما يراد به ما يبات فيه عادة فدخل الدهليز إن كان كبيرا بحيث يبات فيه لأن مثله يعتاد بيتوتة للضيوف في بعض القرى وفي المدن يبيت فيه بعض الأتباع في بعض الأوقات فيحنث والحاصل أن كل موضع إذا أغلق الباب صار داخلا لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة تصلح للمبيت من سقف يحنث بدخوله وعلى هذا يحنث بالصفة سواء كان لها أربع حوائط كما هي صفات الكوفة أو ثلاثة على ما صححه المصنف بعد أن يكون مسقفا كما هي صفاف ديارنا لأنه يبات فيه غاية الأمر أن مفتحه واسع وكذا الظلة إذا كان معناها ما هو داخل الباب مسقفا بخلاف ما إذا كان ساباطا هو ما على ظاهر الباب في الشارع من سقف له جذوع أطرافها على جدار الباب وأطرافها الأخرى على جدار الجار المقابل له وسيأتي أن السقف ليس شرطا في مسمى البيت فيحنث وإن لم يكن الدهليز مسقفا **قوله** ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لأن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم فيقال دار عامرة ودار غير عامرة في العجم والعرب وقد شهدت أشعار العرب بذلك قال النابغة الذبياني واسمه زياد بن معاوية

يا دارمية بالعلياء فالسند * أقوت وطال عليها سالف الأبد
وقفت فيها أصيلانا أسائلها * عيت جوابا وما بالربع من أحد
إلا الأواري لأيا ما أبينها * والنؤي كالحوض بالمظلومة الجلد
إذا كانت الدار بالعلياء فالسند

ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لانه لم يبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدارية

وهو ارتفاع الجبل بحيث يسند اليه اى يصعد لم يغيرها السيل واقوت اقفرت وطال عليها سالف الابد يا ليها السالف الماضى والابد الدهر اى طال عليها ماضى الزمان وهذا كناية عن خرابها واصيلانا تصغير جمع اصيل اصلان كبعير وبعران وهو عشية النهار وقد يبدل نونه لاما فيقال اصيلال وانما صغره للدلالة على تصير الوقت الذى وقف فيه للمسائلة وهذا السوال ترجع وتحسر وعيت جوابا عجزت يقال فى تعب البدن اعياء والفعل اعيى وفى كلال اللسان عيى وفى فاصل قاد ما الى المدينة ماشيا فقال له مولانا عيى ام اعيى فقال بل اعييت فوضع اعييت جوابا فى البيت المذكور مكان عييت خلاف المعروف والاوارى جمع آرى وهى محابس الخيل ومرابطها واللاى البطؤ اى تبتى لها ببطؤ فاستلزم تعيادن فسر اللاى بالشدة فهو باللازم فان البطؤ فى التبيين لا يكون الا لتعب فيه والنؤى حاجز من تراب يجعل حول الخباء لمنع السيل من دخوله وما وقع فى بعض المواضع بالحفير وعاء واسى الى يبلغ عمق الحفيرة حتى تمنع السيل فانها لو كانت بيرا امتلأ فى لحظة وقاص وانما هو ذكرنا ولذا قال فى البيت ردت عليه اقاصيه ولبده * ضرب الوليدة بالمسحاة فى الثأد * يعنى ردت الوليدة وهى الامة الشابة ما تباعد من تراب النؤى بسبب تهدمه عليه بضرب المسحاة فى الثأد وهى الارض الندية قال الاعلم وهو مصدر وصف به واراد بالمظلومة الارض التى لم تمطر والجلد الصلب فيكون النؤى والوتد اشد ثباتا فيها وقال امرؤ القيس يا دار ماوية بالحائل فالسهل فالحبتين من عاقل صم صداها وعفا رسمها * واستعجمت عن منطق السائل * يريد انها مقفرة لا انيس فيسمع صوته ولا احد يتكلم بجيبه الصدى وهو الذى يسمى بانية الجبل وقال امرؤ القيس لمن طلل ابصرته فشجانى * كخط زبور فى عسيب يمانى * ديار لهند والرباب وفرتنى * ليالينا بالنعف من بدلان * يريد درست وخفيت الآثار كخفاء خط الكتاب ودقته اذا كان فى عسيب يمان وكان اهل اليمن يكتبون عهودهم فى عسيب النخل وهذه الاشعار وما لا يحصى كثيرة تشهد بان اسم الدار للعرصة ليس غير لان هؤلاء المتكلمين بهذه الاشعار لا يريدون بالاسم الا العرصة فقط فان هذه الديار التى ذكروها لم يكن فيها بناء اصلا بل هى عرصات منزولات انما يضعون فيها الاخبية لا الابنية بالحجر والمدر فصح ان البناء صفة فيها غير لازم وانما الكلام فيها كونها قد تنزلت غيرانها فى عرف اهل المدن لا تقال الا بعد البناء فيها ولو انهدم بعد ذلك بعضها قيل دار خراب فيكون هذا الوصف جزء المفهوم لها فاما اذا امحت الابنية بالكلية وعادت ساحة فالظاهر ان اطلاق اسم الدار فى العرف عليها كهذه دار فلان مجاز باعتبار ما كان والحقيقتان يقال كانت دارا واذا عرف ذلك فاذا حلف لا يدخل دارا فدخل دارا متهدمة بان صارت لا بناء لها لا يحنث وهذا هو المراد فانه قال فى مقابلة هذا اذا حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما صارت صحراء حنث انما تقع المقابلة بين المعين والمنكر فى الحكم اذا توارد حكمها على محل فاما اذا دخل بعد ما زالت بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغى ان يحنث فى المنكر الا ان يكون له نية وانما وقعت هذه المفارقة لان البناء وان كان وصفا فيها يعنى معتبرا فيها غير ان الوصف فى الحاضر لغو لان ذاته تتعرف بالاشارة فوق ما تتعرف بالوصف وفى الغائب معتبر لانه المعرف له قوله ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت دارا اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام

ولو جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بنى بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا وكذا اذا غلب عليها الماء او جعلت نهرا فدخله لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد ما انهدم المبنى ثانيا فى الحمام وما معه لانه لا يعود اسم الدارية بيان مشدودة وكذا اذا بنى دارا

وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت لانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لم يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام **قال** ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث **قال** واذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار

بعد ما انهدم فابنى ثانيا من الحمام ونحوه لانها غير تلك الدار التي منع نفسه من الدخول فيها ويرد على هذا التفصيل ان البناء ان كان جزء مفهوم الدار عرفا فعدم الحنث اذا زال في المنكر حق لكن ثبوت الحنث في المشار اليها بعد ما صارت صحراء مشكل لان كون الاشارة تعين الذات انما يقتضي تعين هذا البناء مع الساحة محلوفا عليه وقد انتفى ويقتضي ايضا انه لو دخلها بعد ما انهدمت ثم بنيت دارا اخرى لا يحنث لان هذا البناء الثاني ليس عين ذلك والحكم عندهم خلافه فان قيل الحلف اذا وقع على عين وقع على كل جزء فيحنث بوجود الجزء الواحد قلنا ممنوع بل على المجموع كما لو حلف لا يكلم زيدا وعمرا واهل الكوفة لا يحنث بكلام احدهم وان لم يكن جزءا بل المعتبر كون العرصة جزءا لم يشكل عليه عدم الحنث في المنكر فيما اذا دخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء لوجود تمام المسمى **قوله** وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لان اسم البيت وقد زال بالانهدام لزوال مسماه وهو البناء الذي يبات فيه بخلاف الدار لانها تسمى دارا ولا بناء فيها ولو بقيت الحيطان وزال السقف حنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وهذا يفيدك ان ذكر السقف في الدهليز من قوله وهو مسقف لا حاجة اليه لانه تعين ان البيتوتة والبيت لا يلزم في مفهومه السقف فقد يكون مسقفا وهو البيت الشتوي وغير مسقف وهو الصيفي وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لا يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام وهذا المبني غير البيت الذي منع نفسه دخوله ولو حلف لا يدخل بيتا فدخل بيت شعر او فسطاطا ان كان من اهل البادية حنث والا لا يحنث **قوله** ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها من غير دخول من الباب بان طفر من سطح الى سطحها حنث لان السطح من الدار الا يرى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد فلو عد السطح خارجا فسد وقد يقال المبنى مختلف فان الايمان مبنية على العرف فجاز كون بعض ما هو في حكم المسجد خارجا في العرف الا يرى ان فناء المسجد له حكم المسجد في بعض الاشياء حتى جاز اقتداء من فيه بمن في المسجد لا شك انه خارج فالاقرب ما قيل الدار عبارة عما احاطت به الدائرة وهذا حاصل في علو الدار وسفلها وهذا يتم اذا كان السطح بحظير فلو لم يكن له حظير فليس هو في هواء الدار فلا يحنث من حيث اللغة ان يكون حرف انه يقال انه داخل الدار والحق ان السطح لا شك انه من الدار لانه من اجزائها حسا لكن لا يلزم من القيام عليه ان يقال في العرف دخل الدار بل لا يتعلق لفظ دخل الا بجوف حتى صح ان يقال لم يدخل الدار ولكن صعد السطح من خارج بحبل وهذا في عرف من ليس من اهل اللسان فطابق عرف العجم وهو جمع بين قول المتقدمين والمتاخرين بان يحمل جواب المتقدمين بالحنث على ما اذا كان للسطح حظير وجواب المتاخرين المعبر عنهم بقوله وقيل في عرفنا يعني عرف العجم لا يحنث الا بالوقوف على السطح على ما اذا لم يكن له حظير اتجه وهذا اعتقادي **قوله** وقيل في عرفنا لا يحنث ما لو وقف على السطح وكذا لا يحنث بالصعود على شجرة داخلها لانه لا يسمى داخل الدار ما لم يدخل جوفها وكذا اذا قام على حائط منها **قوله** وكذا اذا دخل دهليزها يعني يحنث ويجب فيه التفصيل المتقدم وهو ان يكون له حوائط وهو مسقف وانت علمت ان السقف ليس لازما في مسمى البيت بل في مسمى البيت الشتوي **قوله** فان وقف في طاق الباب وهو بحيث اذا اغلق الباب بان خارجا عن الباب لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب من الدار ولو ادخل رأسه او احدى رجليه او حلف لا يخرج فاخرج احداهما او رأسه لم يحنث وبه قال الشافعي واحمد ومالك وقد كان لم يناول رأسه عائشة لتغسله وهو معتكف في المسجد وهي في بيتها ولان قيامه بالرجلين فلا يكون باحدهما وانخلاع

ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث ولو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته وقال زفر يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى زمان تحققه

كان خارجا عن الباب لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب من الدار ولو ادخل رأسه او احدى رجليه او حلف لا يخرج فاخرج احدهما او رأسه لم يحنث وبه قال الشافعي واحمد ومالك رح وقد كان عم يناول رأسه عائشة لتغسله وهو معتكف في المسجد وهي في بيتها ولان قياس الرجلين تماما يكون باحدهما داخلا ولا خارجا وفي هذا خلاف فانه ذكر في الخلاصة لو قال لامرأته ان خرجت الا باذني فانت طالق فقامت على اسكفة الباب وبعض قدمها بحال لو اغلق الباب كان ذلك المقدار داخلا وبعضه الباقي خارجا ان كان اعتمادها على النصف الخارج حنث وان كان على النصف الداخل عليها لا يحنث وفي المحيط ولو ادخل احدى رجليه لا يحنث وبه اخذ الشيخان الامامان شمس الائمة الحلوائي والسرخسي هذا اذا كان يدخل قائما فاما اذا كان يدخل مستلقيا على ظهره او بطنه او جنبه فتدحرج حتى صار بعضه داخل الدار ان كان الاكثر داخل الدار يصير داخلا وان كان ساقاه خارجها ولو تناول بيده شيئا من داخل لا يحنث **فروع** حلف لا يدخل هذه الدار فادخل مكرها اي محمولا لا يحنث فان ادخل وهو بحال لا يقدر على المنع لكن رضي بقلبه اختلفوا والاصح انه لا يحنث فلو خرج بعد دخوله مكرها اي محمولا ثم دخل هل يحنث اختلفوا قال السيد ابو شجاع لا يحنث وهكذا في شرح الطحاوي وقال القاضي الامام الاصح انه يحنث وسياتي تتمته ولو اشتد في المشي فوقع في الباب يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل بيتا منها قد اشرع الى السكة حنث اذا كان احد بابيه في السكة والآخر في الدار وكذا لو دخل في علوها على الطريق وله باب في الدار وكذا الكنيف اذا كان بابه في الدار ولو حلف لا يدخل بلخ او مدينة كذا فعلى العمران بخلاف كورة بخارا او رستاق كذا فدخل ارضها حنث والفتوى في زماننا ان كورة بخارا على العمران وعلى هذا القياس اذا حلف لا يدخل كورة مصر او بلاد مصر وهو بالشام فدخل العريش حنث على الحمل على العمران لا يحنث حتى يدخلها ولو حلف لا يدخل بغداد فمر بها في سفينة بدجلة عند محمد يحنث وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى ولو حلف لا يدخل الفرات فدخلت سفينة في الفرات او دخل جسرا لا يحنث ولو قال ان وضعت قدمي في دار فلان فكذا او وضع احدى رجليه فيها لا يحنث على جواب ظاهر الرواية لان وضع القدم ههنا مجاز عن الدخول ولا يحنث في الحلف لا يدخل لوضع احدى رجليه ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فهدم ثم بني مسجدا فدخله يحنث كالدار ولو حلف لا يدخل سكة فلان فدخل مسجدا فيها ولم يدخلها لا يحنث في المختار قال في مجموع النوازل هذا اذا لم يكن للمسجد باب في السكة وكذا اذا دخل بيتا في طريق السكة ان كان له باب فيها حنث وان كان ظهره فيها وبابه في سكة اخرى لا يحنث هذا هو الصحيح ولو كان له بابان باب فيها وباب في غيرها حنث ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير بابها لا يحنث ولو كان لها باب حين حلف فجعل لها باب آخر فدخل منه حنث لان الحلف على باب منسوب اليها فيستوي القديم والحادث الا ان يعين ذلك الباب في حلفه ولو نواه ولم يعينه في حلفه لا يدين في القضاء ولو حلف لا يدخل دار فلان فدخل قناة حتى صار تحتها ان كان لها منفتح في الدار يستقى به بان يستقوا منه حنث اذا وصل هناك وان كان لا ينتفعون بها انما هو لاضاءة القناة لا يحنث ولو حلف لا يدخل هذا الفسطاط وهو مضروب في مكان فحول الى مكان آخر فدخله حنث **قوله** ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالمكث فيها اياما وهو المراد بالقعود المذكور في الكتاب حتى يدخل بعد خروجه منها استحسانا والقياس ان يحنث بالمكث وان قصر لان الدوام له حكم ابتداء الدخول حتى صحت ارادته به اعني لو حلف لا يدخل هذه الدار ونوى المكث والقرار فيها صح حتى لو دخل ثم دام يحنث فيما بينه وبين ربه ووجه الاستحسان ان الدخول حقيقة لغة وعرفا في الانفصال من الخارج الى الداخل لا دوام لذلك فليس الدوام مفهومه ولا جزء مفهومه لكونه مما يصح ان يراد باللفظ مجازا لانه لازم الدخول عادة دون قبل اذا كان الدخول يراد للمكث لا لنفسه فيحنث به لان اليمين لا تنعقد على المعنى المجازي للفظ بل الحقيقي وكذا لو كان حلف ليدخلنها غدا وهو فيها فمكث حتى مضى

الف حنث لانه لم يخلص منه اذ لم يخرج ولو نوى بالدخول الاقامة فيه لم يحنث وحاصله ان تقرير الليس هنا قياس
اذن فقياس الكائن في مقابلة ما قبله وقد يتسامح اهل اللسان ولا يتسامح احد من لفظه اذ دخل معنى كاستمرار بقية
زفر لقوله بالحنث وهذه المسئلة عليها الائمة الاربعة الا في وجه عند الشافعي كقول زفر ونظير المسئلة حلف لا يخرج وهو
فيه حتى يدخل ثم يخرج وكذا لا يتزوج وهو متزوج ولا يتطهر وهو متطهر فاستدام النكاح والطهارة لا يحنث بخلاف المسائل الثلث
المتقدمة لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه وكذا لا يركب هذه الدابة وهو راكبها او لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها ان مكث ساعة
حنث فلو نزع الثوب من ساعته او نزل او اخذ في النقلة لم يحنث خلافا لزفر الا اذا وهو يحنث بمكثه قدر ما ان هذه الافعال
لها حكم الدوام بحدوث امثالها ولهذا لو قال لها كلما ركبت فانت طالق وهي راكبة فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت
فان مكثت ساعة اخرى كذلك طلقت اخرى بخلاف ما لو قال كلما ركبت دابة فركبها لزمه طلقة واحدة وان
طال مكثه لان لفظ ركبت اذا لم يكن الحالف راكبا يراد به انشاء الركوب فلا يحنث بالاستمرار وان كان له حكم
الابتداء بخلاف حلف الراكب لا يركب فانه يراد به الاعم من ابتداء الفعل وما في حكمه عرفا واستوضح على ان هذه الافعال
لها دوام تجدد امثالها بقوله الا يرى انه يضرب لها مدة فيقال ركبت يوما ولبست يوما وسكنت شهرا بخلاف
الدخول فانه لا يقال دخلت يوما بمعنى ضرب المدة والتوقيت لنفس الدخول بل يقال في مجازي الكلام دخلت
عليه يوما مرادا به الاخبار وبيان الظرفية لا التقدير واما مطلقا الوقت اذ كان لا يمتد فيراد به مطلق النهار
والليل وذلك انه عدم ضرب المدة لتقدير الدخول ودليل انه ليس فيه تجدد امثال يصير به كرر الحنث بحدوث
المتكررات فلا يحنث الا بابتداء الفعل الا ان ينوي به البقاء وهذا على عكسه ينعقد فيقتضي مطلق اللفظ على الاعم من الابتداء
والبقاء واما الابتداء فقط فمجاز حتى لو اراد بقوله لا اسكن ولا اركب ولا البس ابتداء الفعل فقط صدق لانه محتمل كلامه فلا يحنث باستدامته
ساكنا وراكبا ولابسا وفرع بعض اهل العلم على كون هذه لها تجدد امثال يصير بها في معنى الابتداء انه لو حلف وهو لابس لا يلبس هذا الثوب
غدا واستمر لابسه حتى مضى الغد لا يحنث بمنزلة ما لو نزعه ثم لبسه في الغد ثم انما يحنث بتاخير ساعة اذا امكنه النقل فيها اما اذا لم يقدر
بان كان بعذر الليل وخوف اللص او منع ذي سلطان او عدم موضع ينتقل اليه او اغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه او
كان شريفا او ضعيفا لا يقدر على حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها لا يحنث ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر
واورد ما ذكر في النصاب فيمن قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فهي طالق فقيد او منع من الخروج حنث
وكذا اذا قال لامراته وهي في منزل ابيها ان لم تحضري الليلة منزلي فطالق فمنعها ابوها حنث واجيب بالفرق بين كون
المحلوف عليه عدما فيحنث بتحققه كيف ما كان لان العدم لا يتوقف على الاختيار وكونه فعلا فيتوقف عليه كما يسكنى
لان المعقود عليه الاختياري وينعدم بعدمه فيصير ساكنا الا ساكنا فلم يتحقق شرط الحنث وسنذكر
في فروع توضيح الوجه بتمه ان شاء الله تعالى وكذا لو خرج اتيا الى طلب مسكن وترك الامتعة والاهل في هذه

الليلة

قال ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف رح لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة رح لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف رح يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رح يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس

هذه الايام لا يحنث في الصحيح لان طلب المنزل من عمل النقل فصار مدة الطلب مستثنى اذا لم يفرط في الطلب وهذا اذا خرج من ساعته في طلب المنزل ولو اخذ في النقلة شيئا فشيئا فان كانت النقلات لا تفتر لا يحنث ولو امكنه ان يستأجر من ينقل متاعه في يوم فليس عليه ذلك ولا يلزمه النقل باسرع الوجوه بل بقدر ما يسمى ناقلا في العرف واما الثاني فوجه قول زفر ان الحنث قد وجد بما وجد من القدر اليسير من السكنى والركوب واللبس ولنا ان اليمين تعقد للبر لا للحنث ابتداء وان وجب الحنث في بعض الاوقات واذا كان المقصود من اليمين وضعا البر وجب استثناء مقدار ما يحتمله من الزمان وهو قدر ما يمكنه فيه النزول والنقلة والنزع **قوله** ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج هو وترك متاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع حنث وهذه المسئلة فرع التي قبلها لما كان بالاخذ في النقلة من ساعته يبر ذكر معنى النقلة التي بها يتحقق البر فبين انه لا بد في كونه منتقلا من الدار من نقل الاهل والمال وكذا الحلف على ان لا يسكن في هذه المحلة او السكة لو خرج بنفسه عازما على عدم العود ابدا حنث وان خرج على عزم ان يرسل من ينقلهم لانه يعد المتأهل ساكنا بمحل يسكنه اهله وماله عرفا واستشهد للعرف بان السوقي عامة نهاره في السوق بحيث لا يخرج منه الا ليلا او بعض الليل ايضا ويقول انا ساكن في محلة كذا وذلك لقرار اهله وماله بها وبهذا القول قال احمد ومالك وعند الشافعي لا يحنث اذا خرج بنية التحويل وهذا الخلاف بيننا وبينه مبني على ان العبرة عنده لحقيقة اللفظ ولا تعتبر العادة بخلافنا وهو اذا خرج بنية عدم العود فقد انتقل فانه لا شك في انه بنفسه انتقل وعندنا العبرة للعادة بخلافها لطروها على الحقيقة والحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه والعادة ان من كان اهله بمكان بلدة هو بها ساكن فيه عملا للعرف فمبنى اللفظ عليه وهذا اذا الحالف مستقلا بسكناه قائما على عياله فان كان سكناه تبعا كابن كبير ساكن مع ابيه او امرأة مع زوجها فلو حلف احدهما لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه وترك اهله وماله ومتى وجد ما له لا يحنث وقيده الفقيه ابو الليث ايضا بان يكون حلف بالعربية ولو عقد بالفارسية لا يحنث اذا خرج بنفسه وترك اهله وماله وان كان مستقلا بسكناه ونعم لقائل ان ينظر فيما استشهد به للعرف وذلك ان السوقي انما يقول انا ساكن في محلة كذا وهو على نية العود فلا يكون دليلا على ثبوت السكنى فيما اذا خرج عازما على عدم العود كما هي صورة المسئلة فالوجه ترك خصوص هذا الشاهد ويدعى ان العرف على انه ساكن ما لم ينقل اهله وماله حتى انه يقال بعد خروجه كذلك فلان يريد ان ينتقل عن مسكنه ولكن لم ينتقل بعد **قوله** ولو كان اليمين على المصر الخ ما تقدم كان فيما اذا حلف لا يسكن هذه الدار ومثله البيت والسكة والمحلة وهي تسمى في عرفنا الحارة فلو كان حلف لا يسكن هذا المصر او هذه المدينة قلنا لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف ره نقله الفقيه ابو الليث عن امالي ابي يوسف لانه لا يعد ساكنا في المصر الذي انتقل عنه بنفسه وان ترك اهله وماله عرفا فلا يقال لمن اهله بالبصرة وهو بنفسه قاطن في الكوفة هو ساكن بالبصرة والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ولو حلف لا يسكن هذه القرية او البلدة وهو مقيم بها فانتقل الى قرية اخرى وترك اهله وماله في الاولى لا يحنث وقوله في الصحيح احتراز ممن قال هي كالحلف لا يسكن الدار فيحنث **قوله** ثم قال ابو حنيفة لا بد في كونه انتقل من الدار وما شاكلها مما ذكرنا من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد ونحوه يحنث

ثم قال رحمه الله لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد حنث لان السكنى قد ثبتت بالكل فتبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تاخير حتى يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المامور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضاء

لان السكنى من الكل تثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء في المبسوط وهذا اصل لابي حنيفة حتى جعل صفة السكون في العصير مانعا من ان يكون خمرا وبقاء مسلم واحد آمنا في بلدة ارتد اهلها مانعا من ان تصير دار الحرب الا ان مشايخنا قالوا هذا اذا كان الباقي يتاتى به السكنى واما بقاء مكنسة او وتد او قطعة حصير لا يتاتى بها ساكنا فيها فلا يحنث وحقيقة وجه وقعه ان قوله السكنى تثبت بالكل ان اراد مجموع الكل هو العلة في سكناه مع انقطاع نفسه الى القرار في المكان منعناه والا لزم انه لو سرق بعض تلك الامتعة انتفت السكنى فعلم ان السكنى تثبت مع الكل باتفاق الحال فانها منوطة في العرف بقراره في المكان على وجه الانقطاع اليه مع ما يتاتى به رفع الحاجات الكائنة في السكنى فكانت السكنى ثابتة مع الكل وبدون الكل على ان الكلام هنا باعتبار العرف والعرف يعد من خرج لا يريد العود ونقل اهله وبعض ماله يريد ان ينقله بعد ذلك او تركه لتفاهته وعدم الالتفات اليه تاركا لسكنى ذلك المكان وقال ابو يوسف يعتبر في البر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر بان ينفلت عن شيء كابرة في شق حائط او تعسر وقال محمد يعتبر في البر نقل ما يقوم به كدخدائيته اي سكناه وفيما انتقل اليه لان ما وراء ذلك ليس من السكنى اذ ليس من حاجتها قال المص قالوا هذا احسن وارفق بالناس في نفي الحنث عنهم ومنهم من صرح بان الفتوى عليه وكثير كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافي على ان الفتوى على قول ابي يوسف ولا شك ان المدار هنا ليس على نقل الكل ليقوم الاكثر مقامه بل على العرف في انه ساكن اولا والحق ان من خرج على نية ترك المكان وعدم العود اليه ونقل من امتعته فيه ما يقوم به امر سكناه وهو على نية نقل الباقي ان يقال ليس ساكنا في هذا المكان بل انتقل عنه وسكن في المكان الفلاني وهذا الخلاف في نقل الامتعة اما الاهل فلا بد في البر من نقلهم كلهم اتفاقا قوله وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر حتى يبر بالاتفاق فانه لو انتقل الى السكة او المسجد لم يبر بالاتفاق فانهم اختلفوا قيل يحنث وعليه اقتصر نقل المص استدلالا بما في الزيادات كوفي نقل عياله الى مكة ليتوطن بمكة فلما توطن بمكة بدا له ان يرجع الى خراسان فمر بالكوفة يصلي بها ركعتين لانه وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له في الطريق ان يرجع قبل ان يدخل الى مكة صلى بالكوفة اربعا لان وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر فكذا هنا يبقى وطنه الاول ما لم يتخذ وطنا آخر وقيل لا يحنث لانه لم يبق ساكنا وقال ابو الليث ان سلم داره باجارة او رد المستاجرة الى المواجر لا يحنث وان لم يتخذ دارا اخرى والاطلاق عدم الحنث ووجه كون وطنه باقيا في حق اتمام الصلوة ما لم يستوطن غيره لا يستلزم تسميته ساكنا عرفا بذلك المكان بل يقطع من العرف فيمن نقل اهله وامتعته وخرج مسافرا ان لا يقال فيه انه ساكن في تلك الحال بل يقال فيه حال السفر انتقل عن سكنى هذا المكان وهو قاصد سكنى كذا واذا لم يتحرر له قصد مكان معين قيل هو

الآن غير ساكن في مكان حتى ينظر اين يسكن واذا ثبت نفي تلك السكنى ثبت البر والله سبحانه وتعالى اعلم

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب الخروج مقابل للدخول فناسب اعقابه به وبعقب الخروج الركوب ثم الرجوع وهو الاتيان فلما ارتبطت اوردها في باب الخروج **قوله** ومن حلف لا يخرج من المسجد او الدار او البيت او غير ذلك فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المامور مضاف الى الآمر فصار كما لو ركب دابة فخرجت به فانه يحنث لان فعل الدابة مضاف اليه كذا هذا ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل وهو الخروج لم ينتقل الى الحالف لعدم الامر وهو الموجب للنقل والمراد من الاخراج مكرها هنا ان يحمله ويخرجه كارها كذلك لا الاكراه المعروف وهو ان يتوعده حتى يفعل فانه اذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف ان الاكراه لا يعدم الفعل عندنا ونظيره ما لو حلف

قال ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج إليها ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث لأن الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط إذ الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لأنه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب إليها قيل هو كالإتيان وقيل كالخروج وهو الأصح لأنه عبارة عن الزوال قال وإن حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته لأن البر قبل ذلك مرجو

لا يأكل هذا الطعام فأكره عليه حتى أكله حنث ولو أوجر في حلقه لا يحنث ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح وقيل يحنث لأنه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالآمر وجه الصحيح أن الانتقال بالأمر لا بمجرد الرضا ولم يوجد الأمر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل إليه ولو قيل قصر الانتقال على الأمر محل النزاع لأن من يقول يحنث يجعل الرضا أيضا ناقلا دفع بفرع اتفاقي وهو ما إذا أمره أن يتلف ماله ففعل لا يضمن المتلف لانتساب الإتلاف إليه بالأمر ولو أتلفه وهو ساكت ينظر ولم ينهه ضمن من غير تفصيل لأحد بين كونه راضيا أو لا ثم إذا لم يحنث بإخراجه محمولا لانسان أو بجبوب نزح حلفته هل تنحل اليمين قال الشيخ أبو شجاع تنحل وهو أرفق للناس وقال غيره من المشايخ لا تنحل وهو الصحيح ذكره التمرتاشي وقاضي خان وذلك لأنه إنما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل إليه وإذا لم يوجد منه المحلوف عليه كيف تنحل اليمين فبقيت على حالها في الذمة وتظهر ثمرة هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الإخراج هل يحنث فمن قال انحلت قال لا يحنث وهذا بيان كونه أرفق بالناس ومن قال لم تنحل قال حنث ووجبت الكفارة وهو الصحيح

قوله ومن حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج إلى جنازة ثم ذهب إلى حاجات له أخرى لم يحنث لأن الخروج الموجود منه إلى الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه والمضي بعد ذلك ليس بخروج لأنه ليس إلا الانفصال من الباطن إلى الظاهر وهذا ليس كذلك **قوله** ولو حلف لا يخرج إلى مكة أو دار فلان فخرج مريدا مكة أو دار فلان ثم بدا له فرجع قبل أن يصل حنث وهذا لأن الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج وقد وجد بقصد مكة وهو المحلوف على عدمه فيحنث به رجع أو لم يرجع ومقتضى هذا أن يحنث إذا رجع وإن لم يجاوز عمران مصره وقد قالوا إنما يحنث إذا جاوز عمرانه على قصدها لأنه ضمن لفظ أخرج معنى أسافر للعلم بأن المعنى أخرج إليها مسافرا لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغي أن يحنث بمجرد انفصاله من الداخل **قوله** ولو حلف لا يأتيها فخرج يقصدها لم يحنث حتى يدخلها لأن الإتيان عبارة عن الوصول قال تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب إليها قيل هو كالإتيان فلا يحنث حتى يدخلها وهو قول نصير قال تعالى اذهبا إلى فرعون والمراد الوصول إليه وتبليغه الرسالة وقيل الذهاب كالخروج وهو قول محمد بن سلمة واختاره فخر الإسلام قال المصنف وهو الأصح قال تعالى ليذهب عنكم الرجس أي يزيله وبمجرد تحقق الزوال يتحقق الحنث وكونه استعمل مرادا به الوصول في اذهبا إلى فرعون لا يدل على أنه لازم استعماله غاية الأمر أن يكون صادقا مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول فلا يتعين أحدهما المتحقق المسمى بمجرد الانفصال وهذا إذا لم ينو بالذهاب شيئا ولو نوى به الخروج والإتيان صحت نيته ثم في الخروج والذهاب إليه يشترط للحنث الخروج عن قصد وفي الإتيان إليه لا يشترط القصد للحنث بل إذا وصل إليه حنث قصد أو لم يقصد كذا في جامع قاضي خان والفوائد الظهيرية **قوله** فإن حلف ليأتين البصرة هذا ونحوه من الأفعال المستقبلة إذا حلف على أن يفعلها في المستقبل فإما أن يطلقها أو يوقتها بوقت مثل لأفعلن غدا أو فيما بينه وبين يوم الجمعة ففي المطلقة مثل ليضربن زيدا أو ليعطين فلانا أو ليطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع اليأس عن البر لأن اليمين تبقى ما أمكن البر وحيث لم تتقيد اليمين بوقت يفوت البر بفواته لم تسقط اليمين ولم يلزم انحلالها فتبقى إلى أن يقع اليأس عن البر فيحكم بالحنث ولا يقع اليأس إلا بموته

ولو حلف ليأتينه غداً ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم [illegible]
اي لا يقدر على اتيانه فلم يأته حنث وان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان [illegible]
الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نية الاول
كلامه ثم قيل يصدق قضاء ايضا وقيل لا يصدق لانه خلاف الظاهر قال ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة [illegible]
اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل [illegible]
العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر

من اجزاء الحيوة فان كان الحلف ليطلقها ليفعلن ولم يفعل حنث بموت احدهما ولا فرق في ذلك بين موته وموتها الى [illegible]
هذه المسئلة في الطلاق وفي المقيدة يتعلق بآخر الوقت فلو مات قبل مضي الوقت لم يفعل لم يحنث فاذا قال ان لم افعل غدا كذا [illegible]
عرفات قبل الغروب ولم يفعل لا يعتق عبده **قوله** ولو حلف اي باسم الله او الطلاق او عتاق ليأتينه غدا ان استطاع [illegible]
في التعليق ان يقول امرأتي طالق ان لم آتك غدا ان استطعت ولانه ينصرف الاستطاعة الى سلامة آلات الفعل [illegible]
عليه وصحة اسبابه لانه هو المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وهذا اذا اراد بقوله استطاعة الصحة دون القدرة اي دون الاستطاعة
التي هي القدرة التي لا تسبق الفعل بل تخلق معه بلا تأثير لها فيه لان افعال العباد مخلوقة له ولو اراد هذه بقوله ان استطعت
اي ارادتها فاذا لم يأته لعذر منه او لغير عذر لا يحنث كانه قال لآتينك ان خلق الله تعالى اتياني اذ لا ان تخلق الله اتياني
وهو اذا لم يأت لم يخلق اتيانه ولا استطاعة الاتيان المقارنة والاتيان واذا صحت ارادتها فهل يصدق ديانة وقضاء او ديانة
فقط قيل يصدق ديانة فقط لانه نوى خلاف الظاهر وهو قول الرازي وقيل ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه
اذا كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والاول اوجه لانه فان كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله
عند الاطلاق عن القرينة لاحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة اسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه
القاضي في خلاف الظاهر **قوله** ومن حلف ان لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث
ولا بد من الاذن في كل خروج ومثله ان خرجت الا بقناع ونحوه لان المستثنى في قوله الا باذني خروج مقرون بالاذن فما وراء الخروج
الملصق بالاذن داخل في الحظر العام وهو النكرة المأولة من الفعل في سياق النفي فان المعنى لا تخرجي الا باذني وطريق
اسقاط هذا الاذن ان يقول كلما اردت الخروج فقد اذنت لك فان قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند ابي يوسف خلافا لمحمد وجه
قول محمد انه لو اذن لها مرة ثم نهى عمل نهيه اتفاقا فكذا بعد الاذن العام ولابي يوسف انه انما عمل نهيه بعد المرة لانه مفيد لبقاء اليمين بعده بخلاف
النهي بعد الاذن العام لانه لا يفيد لارتفاع اليمين بالاذن العام ولو اذن لها اذنا غير مسموع لم يكن اذنا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو اذن لانه
لم ينفصل بين المسموع وغيره كما ان اللون كما يسمى اذنا لكونه علما او لوقوعه في الاذن فلم يوجد تمام انعقاد اليمين على الاذن في قوله ان خرجت الا باذني فانت طالق او واليه
لا تخرجي الا باذني مقيد ببقاء النكاح لان الاذن انما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان اذا حلف انسانا ليرفعن اليه خبر كل
داعر في المدينة كان على مدة ولايته فلو ابانها ثم تزوجها فخرجت بلا اذن لا تطلق وان كان زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا
لانها لم تنعقد الا على مدة بقاء النكاح ولو نوى الاذن مرة واحدة باللفظ المذكور يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف
الظاهر فلذا لا يصدقه القاضي اما انه خلاف الظاهر فظاهر مما قررناه واما انه محتمل كلامه فلان الاذن مرة موجب للغاية في قوله
لا تخرجي حتى اذن لك وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث ان حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية مخالف لما
قبلها فيستعار الا باذني بمعنى حتى اذن في حتى اذن يحمل بمرة واحدة وقد بحث بعضهم في حتى انها ايضا يوجب التكرار واستدل بقوله تعالى
لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم ونحن نقول ان قام الاجماع على ان التكرار مراد فلا نزاع وانما الكلام في انه موضوع للفظ

ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعد ذلك بغير اذنه لم يحنث لان هذه كلمة غاية فتنتهي اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك

فقلنا ولانه اذا قال حتى اذن لك يكون قد جعل النهي عن الخروج مطلقا مغيا بوجود ما هو اذن وبمرة واحدة من الاذن تحقق ما هو اذن فتحقق غاية النهي فيزول المنع المضاف الى اللفظ فان كان منع آخر بغيره من دليل آخر لو علم انه اريد به خلاف مقتضاه وظاهر مذهب الشافعي في قوله الا باذني انه انتهى اليمين بخروجه واحدة باذن الزوج او بغير اذنه فلا تتعلق بالخروج بعده بلا اذن وفي وجه كقولنا وهو اختيار المزني والقفال **قوله** ولو قال الا ان اذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث ونقل عن احمد لزوم تكرار الاذن فيه ايضا مثل الا باذني وهو قول الفراء وهذا لان المعنى الا خروجا باذني لان ان والفعل في تاويل المصدر ولا يصح الا خروجا اذني فلزم ارادة الباء فصار باذني والجواب انه لا بد من احد الامرين اما ما ذكر من ارادة الباء المحذوفة او ما قلنا من جعلها بمعنى حتى مجازا اي حتى اذن لك وعلى الاول يكون كالاول وعلى الثاني ينعقد على اذن واحد واذا لزم في الا ان اذن لك احد المجازين وجب الراجح منهما ومجاز غير الحذف اولى من مجاز الحذف عندهم لانه تصرف في وصف اللفظ ومجاز الحذف تصرف في ذاته بالاعدام مع الارادة ثم هو موافق للاستعمال القرآني قال تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم فان قيل قد تحقق بمعنى ما باضمار الباء ايضا في قوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم الاية والثابت وجوب تكرار الاذن اجيب بالمنع بل وجوب التكرار بغيره من الادلة الموجبة منع دخول الانسان بيت غيره فضلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه وكذا كل ما كان مثل هذا وهو كثير مثل وما تشاؤن الا ان يشاء الله ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وغير ذلك فان كلا منها يستقل فيه دليل على المنع والفعل مع كل تكرر فانما يلزم لو لم يكن دليل على التكرار سواه وقد اجيب ايضا عن الاية الاولى لزوم تكرار الاذن للعلة المنصوصة فيها من قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي فالزم بعض المحشين ان يكون كذلك فيما نحن فيه لان خروج المراة بغير اذن الزوج مما يؤذي الزوج ايضا وهذا ذهول عظيم لان الثابت بالعلة المنصوصة في قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي المنع الذي هو حكم شرعي وهو يثبت بالعلل الشرعية اما هنا فالنظر فيما ينعقد عليه يمين الحالف ويلزم بعدمه الكفارة وذلك لا يكون الا باللفظ القاضي على المحلوف عليه لا بالعلة لو صرح بها بان قال والله لا اشرب ماء العنب المشتد لاسكاره فانه لو شرب نبيذا لا يقول احد انه حنث ولزمته كفارة مع انه لم يحلف عليه بخلاف ما لو حلف لا يشرب مسكرا فكيف اذا لم يصرح بها بل استنبطت كما فعل هذا الباحث حيث استنبط ان الزوج يكره خروج زوجته بلا اذن نعم قد يقال لا نجد دليلا يدل على منع كل دخول الا باذن وكل مشيئة للعباد الا بمشيئة الله تعالى وكل قول اني فاعل غدا كذا الا بقرانه بالمشيئة سوى الادلة المذكورة خصوصا في الاخير ولو فرض الاجماع على ذلك فمستند الاجماع ليس الا هذه الادلة واقل ما في الباب ان يكون وجود هذا المجاز اكثر والكثرة من اسباب الترجيح كون غير مجاز الحذف اولى يجب ان يكون في غير ما يكون الحذف فيه مطردا ومستمرا مفهوما من اللفظ بلا زيادة تامل وانت علمت ان حذف حرف الجر مع ان مطرد ونقصان آخران بها الا ان اذن لك ويجب ان يسلك به مسلك حتى وبغير اذني ويجب فيه تكرار الاذن مثل الا باذني لان المعنى فيهما واحد مع وجود الباء وهذا كله بخلاف ما لو قال لا اكلم فلانا الا باذن فلان او حتى ياذن او الا ان ياذن او الا ان يقدم فلان او حتى يقدم او قال الرجل في داره والله لا تخرج الا باذني فانه لا يتكرر اليمين في هذا كله لان قدوم فلان لا يتكرر عادة والاذن

ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك اذا اراد الرجل ان يضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فكف عن ضربه ثم ضربه لم يحنث وهذه تسمى يمين فور وتفرد ابو حنيفة رحمه الله باظهاره ووجهه ان مراد المتكلم الرد على تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فخرج فرجع الى منزله وتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ. ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان ينويه فاذا كان عليه دين مستغرق لم يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال فهو للبائع الحديث فيختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية. وقال ابو يوسف رحمه الله في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة. وقال محمد رحمه الله يحنث وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

اي الكلام متناول كل ما يوجد من الكلام بعد الاذن وكذا اخرج الرجل مما لا يتكرر عادة بخلاف الاذن لزوجته فانه لا يتناول الا ذلك الخروج المأذون فيه عادة لا كل خروج الا بنص صريح فيه مثل اذنت لك ان تخرجي كلما اردت الخروج ونحوه فكان الاقتصار في هذا الوجه المصار عن التكرار لان العرف في الكل على التفصيل المذكور بل مؤدى اللفظ ما ذكرنا وثبوت خلافه للصارف العرفي ثم ذلك المؤدى اللفظي في مثل ان خرجت الا باذني والا ان اذن لك لم يقع العرف بخلافه فوجب اعتباره كذلك **قوله** ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين الفور انفرد به ابو حنيفة رح باظهاره وكانت اليمين في عرفهم قسمين مؤبدة وهي ان يحلف مطلقا وموقتة وهي ان يحلف ان لا يفعل كذا اليوم او هذا الشهر فاخرج ابو حنيفة رح يمين الفور وهي يمين مؤبدة لفظا موقتة معنى تتقيد بالحال وهو ما يكون جوابا للكلام يتعلق بالحال مثل ان يقال تعال تغد عندي فيقول ان تغديت فعبدي حر فيتقيد بالحال فاذا تغدى في يومه في منزله لا يحنث لانه حين وقع جوابا تضمن اعادة ما في السؤال والمسؤول الغداء في الحال فينصرف الحلف الى الغداء الحالي ليقع المطابقة فلزم الحالي بدلالة الحال بخلاف ما لو قال ان تغديت اليوم فانه يحنث اذا تغدى من منزله من يومه لانه زاد على الجواب فيعتبر مبتدئا فيعمل بظاهر لفظه ويلغى ظاهر الحال فالفائدة اولى من الالغاء لفظ صحيح في معناه او ما يكون بناء على امر حالي كامرأة تهيأت للخروج فحلف لا تخرج فاذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحنث لان قصده ان يمنعها من الخروج الذي تهيأت له فكانه قال ان خرجت الساعة ومنه من اراد ان يضرب عبده فحلف عليه لا يضربه فاذا ترك ساعة بحيث يذهب فور ذلك ثم ضربه لا يحنث لذلك بعينه وقال زفر رح يحنث وهو قول الشافعي لانه عقد يمينه مطلقا على كل هذا خروج وضرب فاعتبر الاطلاق اللفظي وهو القياس ووجه الاستحسان ما ذكرنا والكلام فيما اذا لم يكن للحالف نية **قوله** ومن حلف لا يركب دابة فلان اعلم انه اذا حلف لا يركب دابة فلان انعقد على حماره وبغله وفرسه فلو ركب جمله او فيله لم يحنث وان كان اسم الدابة لما يدب على الارض لكن خصصه العرف بالركوب المعتاد والمعتاد هو ركوب هذه الانواع الثلثة فيتقيد به وان كان الجمل ممن يركب ايضا في الاسفار وبعض الاوقات فلا يحنث بالجمل الا اذا نواه وكذا الفيل والبقر اذا نواه حنث والا لا وينبغي ان كان الحالف من البدو ان ينعقد على الجمل ايضا بلا نية لان ركوبها معتاد لهم وكذا اذا كان حضريا جمالا والمحلوف على دابته جمال دخل في يمينه بلا نية واذا كان مقتضى اللفظ الانعقاد على الانواع الثلاثة فلو نوى بعضها دون بعض بان نوى الحمار دون الفرس مثلا لا يصدق ديانة ولا قضاء لان نية الخصوص لا تصح في غير اللفظ وسيأتي تمامه في الفصل الذي بعده ولو حمل مشدودا على دابة جبرا لا يحنث على وزان ما تقدم في اول الفصل ولو حلف لا يركب مركبا ولا نية له حنث بكل مركب سفينة او محمل او دابة ولو ركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة الا ان ينوي دابة عبده فيحنث به الا اذا كان على العبد دين مستغرق فانه لا يحنث بركوبها وان نوى دابة العبد ايضا لانه لا ملك للمولى فيه عند ابي حنيفة رح واما انه لا يحنث بركوب دابة العبد وان لم يكن عليه دين او كان لكنه غير مستغرق الا ان ينويه فلان الملك فيه وان كان للمولى لكنه عرفت اضافته الى العبد

باب اليمين في الاكل والشرب

عرفا وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع ومن باع نخلا قد ابرت فثمرتها للبائع الا
ان يشترط المبتاع اخرجه الستة كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر عن عمر فاضافت اضافة المال الى المولى وان كان ملكا فقصر
الاطلاق عن تناوله الا بالنية وقال ابو يوسف في الوجوه كلها وهي ما اذا لم يكن عليه دين او عليه دين مستغرق او غير مستغرق يحنث اذا
نواه فتحقق خلافه لابي حنيفة فيما اذا كان عليه دين مستغرق ونواه فان عند ابي حنيفة لا يحنث لعدم ملك السيد لما في يده وعند
ابي يوسف هو مملوك للسيد وان استغرق فيحنث بنيته وقال محمد يحنث في الوجوه الثلثة وهي ما اذا لم يكن عليه دين او عليه دين مستغرق
او غير مستغرق نوى دابة العبد او لم ينو لاعتباره حقيقة الملك في الدابة المحلوف عليها اي انعقدت يمينه على كل دابة يملكها
المحلوف على دابته وما في يد المأذون ملك السيد وان كان مديونا مستغرقا فيتحقق الحنث بركوبها وقول محمد هو قول مالك والشافعي
واحمد والظاهر ان ابا حنيفة اعتبر ما عرف شرعا وعرفا انه يقال هذه دابة عبد فلان وقال ذلك دابة سيده فتنصرف اليمين الى ما يضيفه العرف
اليه لا الى ما يضيفه الملك اليه مع اضافة العرف اياه الى غيره وقيل ايجب اذا صارت هذه الدابة تضاف الى كل منهما ان لا تنعقد عليها
الا بقصد لانه ان نظر الى اضافتها اليه انعقدت عليها وان نظر الى اضافتها الى غيره لم تنعقد عليه فلا تنعقد عليها الا ان نواها غير انه يقال
لو كان عليه دين مستغرق انقطعت الاضافة الى السيد بالكلية لانعدام الملك كما لو كان نصيبه الى السيد مع اضافتها الى العبد الا باعتبار ... حتى ...

باب اليمين في الاكل والشرب عقبه الخروج لان الخروج من المنزل يراد لتحصيل ما به بقاء البنية من المأكول والمشروب
والبيع للاشارة بقوله تعالى فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه على ما قال والاكل ايصال ما يتاتى فيه المضغ الى الجوف وان ابتلعه بلا مضغ
والشرب ايصال ما لا يتاتى فيه المضغ كالماء واللبن والنبيذ كذا في التجريد وذكر شمس الائمة ان الاكل عبارة عن عمل الشفاه والحلق والاسنان
عبارة عن عمل الشفتين والحلق وما ابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه والمضغ عبارة عن عمل اللهاة فعلى هذا لو كان في فمه شئ
فحلف لا ياكل فابتلعه ينبغي ان لا يحنث وفي فتاوى ابي الليث ما يدل على انه يحنث وهو الصواب ولا شك في انه اكل اذا كان مما يمضغ على تفسير
بالايصال الى ما يحنث يمضغ الى الجوف ولا شك ان قوله عمل الشفاه انما يراد حركتها فهو في الكل فيلزم ان يحنث ببلع ما كان في فمه لانه يحرك شفتيه
وهذا لانه لا يمكن ان يراد من عمل الشفاه ... والحق ان الذوق عمل الفم لمجرد معرفة الطعم وصل الى الجوف او لا وقيل فكل اكل ذوق وليس كل ذوق اكلا
فيكون بينهما عموم مطلق ولا يخفى ان الاكل اذا كان الايصال ما يحتاج يتم لم يكن عمل الفم معتبرا في مفهومه وان كان قد يتحقق معه لزم
ان بينهما عموما من وجه فيجتمعان في الايصال ما يتم فان الشم عمل الفم اعني الحنكين وينفرد الذوق فيما لم يوصل والاكل فيما ابتلع
بلا مضغ مما يحتاج ان يمضغ ولا يعرف طعمه الا بالمضغ كقلب الجوز واللوز لكن في المحيط حلف لا يذوق فاكل او شرب يحنث ولو حلف لا ياكل
او لا يشرب لا يحنث بالذوق وما روى هشام حلف لا يذوق فيمينه على الذوق حقيقة سواء اوصل الى جوفه الا ان يتقدمه كلام يدل
نحو ان يقول تعال تغد معي فحلف لا يذوق معه طعاما ولا شرابا فهذا على الاكل والشرب يدل على ان عدم الوصول الى الجوف ماخوذ
في مفهوم الذوق فعلى هذا ينبغي ان لا يحنث بالاكل في الحالف على الذوق والذي يغلب ظنه ان مسئلة المحيط يراد بها
الاكل المقرون بالمضغ او البلع لما لا يتوقف معرفة طعمه على المضغ لانا نقطع بان ابتلاع قلب لوزة لا يقال فيه ذاق اللوز

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه وهو الثمر لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب ومن هذا اللبن فصار تمرا وصار اللبن شيرازا لم يحنث لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن ماكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يتكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلا يعتبر الداعي داعيا في الشرع

ولا يحنث بلبعها واذا حلف لا ياكل شيئا مما لا يتاتى فيه المضغ فخلطه بغيره مما يؤكل فاكله معه حنث ولو عنى بالذوق الاكل لم يصدق في القضاء ولو حلف لا ياكل عنبا او رمانا فجعل يمصه ويرمي ثفله ويبلع المتصل بالمص لا يحنث لان هذا ليس اكلا ولا شربا بل مص ولو حلف لا ياكل لبنا فشربه لا يحنث ولو ثرد فيه فاكله حنث ولو صبه الى جوفه حنث ولو حلف لا يشرب لبنا فثرد فيه فاكله لا يحنث ولو شربه حنث قيل هذا اذا حلف بالعربية فاما اذا حلف بالفارسية فانه يحنث مطلقا وهو الصحيح لان كلا من الاكل والشرب يسمى خوردن فاذا قال نخورم بالنية صدق عليهما فيحنث بكل منهما وهذا حق وعليه الفتوى ولو حلف لا ياكل هذا الرغيف فجففه فدقه ثم صب عليه الماء فشربه لا يحنث ولو اكله مبلولا حنث والسويق اذا شربه بالماء يكون شربا لا اكلا فان بله بالماء فاكله حنث قوله ومن حلف لا ياكل من هذه النخلة فهو على ثمرها بالمثلثة اي ما يخرج منها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل ومثله لا يحلف على عدم اكله لانه ممتنع الاكل قبل اليمين فيلغو الحلف فوجب لتصحيح كلام العاقل صرفها الى ما يخرج منها تجوزا باسم السبب وهو النخلة في المسبب وهو الخارج لانها سبب فيه لكن بلا تغير بصنع جديد فلا يحنث بالنبيذ والخل والناطف والدبس المطبوخ واحترز به عن غير المطبوخ وهو ما يسيل بنفسه من الرطب وهو الذي يسمى في عرفنا صقر الرطب فانه يحنث به كما يحنث بالرطب والتمر والبسر والرامخ والجمار والطلع وهذا لان ما توقف على الصنعة ليس ما خرج مطلقا ولذا عطف عليه في قوله تعالى ليأكلوا من ثمره وما عملته ايديهم وقيل لان ما تحصل بالصنعة ليس مما خرج ابتداء من النخلة ومن لابتداء الغاية وكل ما يخرج على وجه الابتداء انعقد عليه يمينه ولا يخفى ان من المذكورة في كلامه داخلة على النخلة تبعيضية لا ابتدائية نعم من المذكورة في التاويل اعني قوله لا اكل ما يخرج من النخلة ابتدائية وهو غير مذكور وكانه اعتبر كالمذكور ومثله حلف لا ياكل من هذا الكرم فهو على عنبه وحصرمه وزبيبه وعصيره وفي بعض المواضع دبسه والمراد عصيره فانه ماء العنب وهو ما يخرج بلا صنع فيها نضج العنب ولانه كان ممكنا من القشر بخلاف ما حلف لا ياكل من هذا العنب لا يحنث بزبيبه وعصيره لان حقيقته ليست مهجورة فيتعلق الحلف بمسمى العنب ثم انصرفت اليمين الى ما يخرج في الحلف لا ياكل من الشجرة فيما اذا كان لها ثمرة فان لم يكن لها ثمرة انعقدت على ثمنها فيحنث به اي اذا اشترى به ماكولا فرع حلف لا ياكل من هذه الشجرة فقطع غصنا منها ووصله بشجرة اخرى فاكل من ثمر تلك الشجرة من هذا الغصن لا يحنث وقال بعضهم يحنث قوله وان حلف لا ياكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا ياكل من هذا الرطب فصار تمرا او من هذا اللبن فصار شيرازا اي رائبا وهو الخاثر اذا استخرج ماؤه فاكله لا يحنث لان الاصل ان المحلوف عليه اذا كان بصفة داعية الى اليمين تقيد به في المعروف والمنكر فاذا زالت زال اليمين عنه والا يصلح داعية اعتبر في المنكر دون المعرف وصفة البسورة والرطوبة مما قد تدعو الى اليمين بحسب الامزجة وكذا صفة اللبنية فاذا زالت زال ما عقد عليه اليمين فاكله اكل ما لم تنعقد عليه وخص اللبن وجه ذكره بقوله ولان اللبن ماكول فلا ينعقد الا على عينه لا على ما يصير اليه لان الحقيقة غير مهجورة فلا يحنث بشيرازه ولا سمنه ولا زبده بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام معه منهي فسلم يعتبر ما يخال داعيا الى اليمين من جهله وسوء ادبه اذا كان الشارع منعنا من هجران المسلم مطلقا مع علمه بان الداعي قد يكون كذا وكذا فوجب الاتباع ونظر فيه بان الهجران قد يجوز او يجب اذا كان لله بان كان يتكلم بما هو معصية او يخشى فتنة او حصاد اعرضه بكلامه فلا نسلم ان الشارع منع الهجران مطلقا فحيث حلف لا يكلمه لا يحكم

ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكل بعد ما صار كبشا حنث لأن صفة الصغر في هذا ليست بداعية إلى اليمين فإن الممتنع عنه أكثر امتناعا
عن لحم الكبش قال ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث لأنه ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطبا أو بسرا أو حلف لا يأكل رطبا ولا
بسرا فأكل مذنبا حنث عند أبي حنيفة وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالمذنب من البسر ولا في البسر بالمذنب من الرطب لأن الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا
فصار كما إذا كانت اليمين على الشراء وله أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود في
الأكل بخلاف الشراء لأنه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لأن الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع
ولو كانت اليمين على الأكل يحنث لأن الأكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل منهما مقصودا وصار كما إذا حلف لا يشتري شعيرا أو لا
يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير وأكلها يحنث في الأكل دون الشراء لما قلنا

إلا أنه وجد المسوغ وإذا وجدنا عين الداعي فتقيد بمسماه وشبهه وقد ذكرنا فيه في المسألة التي تليها **قوله** ولو حلف لا يأكل من لحم هذا
الحمل فأكل منه بعد ما صار كبشا حنث لأن صفة الصغر في هذا ليست داعية إلى اليمين فلا يتقيد به فانعقدت على ذاته فيحنث
به كبشا لوجود ذاته فيه فإنا قلنا ليست داعية لأن الصغر داع إلى الأكل لا إلى عدمه فلم يمتنع عنه مع حلوله أشد امتناعا عنه
كبشا وفي هذا نظر لأن الحمل ليس محمودا في الضأن لكثرة رطوباته بزيادة حتى قيل فيه العجب من بين الجيدين بخلافه كبشا فإن
لحمه أكثر قوة وتقوية للبدن لقلة رطوباته وصار كحلفه لا يأكل من هذا الرطب فأكله تمرا لا يحنث واعلم أن إيراد
مثل هذا وما قبله في مسألة لا أكلم هذا الصبي ذهول عمن وضع هذه المسألة ونسيان أنها بنيت على العرف فينصرف اللفظ
إلى المعتاد في العمل والعرف في القول وإن كان المتكلم لو أراد معنى يصح إرادته من اللفظ لا يمنع منه ففي مسألة الحمل العوام والفضلاء
وهو عندهم عند أهل غاية الصلاح وما يدركه خصة الأفراد من فوائد شيء من الطب فوجب بحكم العرف إذا لم يكن له نية أن يصرف
اليمين إلى ذات الحمل لأنه لما كان مساليا في الغاية عند العموم لا يحكم على الفرد من العموم أنه على خلافهم فينصرف حلفه إليهم فلزم
أن لا تعتبر الحلية قيدا وكذا الصبي لما كان موضع الشفقة والرحمة عند العموم وفي الشرع لم يجعل الصبا داعية إلى اليمين في حق
العموم فينصرف إلى ذاته وهذا لا ينفي كون حالف من الناس عرف عدم طيب الحمل ومن أدب صبي علم أنه لا يرتدع
إلا بترك الكلام معه وعلم أن الكلام معه ينشره في عرضه أو دينه فعقد يمينه في الأول على مدة كونه حملا وفي الثاني لا مدة صباه
فإنا نقول لو أراد حالف تقييده بالحملية والصبا لم نمنعه وصرفنا يمينه حيث صرفها وأما الكلام إذا لم ينو شيئا فإنما يسلك به
ما عليه العموم أخطأوا فيه أو أصابوا لكن هذا أساس يجب أن لا ينسى فإنه يندفع به كثير من أمثال هذا الغلط المورد على الأئمة **قوله**
ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث لأنه ليس ببسر واليمين انعقدت على خصوص صفة البسرية لما ذكرنا أنها داعية
لليمين **قوله** ومن حلف لا يأكل بسرا أو رطبا أو حلف لا يأكل بسرا ولا رطبا فأكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو ما بدا الإرطاب
من ذنبه يحنث عند أبي حنيفة وقالا لا يحنث هكذا ذكر القدوري الخلاف وأكثر كتب الفقه المعتبرة مثل المبسوط وشروحه وكافي الحاكم
وشرح الطحاوي للإسبيجابي وشروح الجامعين والإيضاح والأسرار والمنظومة وغيرها مما يغلب الظن خطأ ما فيها ذكروا فيها قول
محمد مع أبي حنيفة وصورة المسألة أربع اتفاقيتان وهما ما إذا حلف لا يأكل رطبا فأكل رطبا مذنبا أو لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا يحنث
اتفاقا وخلافيتان وهي ما إذا حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا وما إذا حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا مذنبا فإنه يحنث
في الاثنين عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف رحمه الله وجه قول أبي يوسف أن البسر المذنب لا يسمى رطبا لأن الرطب فيه مغلوب وأن
الرطب الذي فيه شيء من البسرية لا يسمى بسرا فلم يفعل المحلوف عليه فلا حنث ولذا لا يحنث بشرائهما في حلفه لا يشتري
بسرا أو رطبا وجه قولهما أن أكل ذلك الموضع هو أكل رطب وبسر فيحنث به لا بالكل وهذا لأن أكل كل جزء مقصود لأنه يمضغ
ويبتلع بمضغ وابتلاع يخصه فلا يتبع القليل منه الكثير بخلاف الشراء فإنه يتعلق بجملة المشترى عينا فيكون القليل منه تبعا
للكثير ولو حلف عن لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لأن الشراء صادف الجملة فكان الرطب تابعا

قال ولو حلف لا ياكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما في القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشأه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد تعقد للمنع من الحرام

وكذا لو حلف لا ياكل شعيرا فاكل حنطة فيها شعير حبة حبة حنث وان حلف على الشراء لم يحنث ذكره الشهيد في كافيه وقد يقال ان دلالة التعليل المذكور يقتصر على ما فصله فاكله وحده اما لو اكل ذلك المحل مخلوطا ببعض البسر تحققت التبعية في الاكل وثانيا هو بناء على انعقاد اليمين على الحقيقة لا العرف والا فالرطب الذي فيه بقعة بسر لا يقال لآكله اكل بسرا في العرف فكان قول ابي يوسف اقعد بالمبنى والله اعلم **قوله** ومن حلف لا ياكل لحما انعقدت هذه على لحم الابل والبقر والجاموس والغنم والطيور مطبوخا ومشويا وقديدا بالتي خلاف الاظهر لا يحنث وعند الفقيه ابي الليث يحنث فلو اكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث وهو رواية شاذة عن ابي يوسف لانه سمي لحما في القرآن قال تعالى لتاكلوا منه لحما طريا اي من البحر وهو السمك وبه استدل سفيان لمن استفتاه فيمن حلف لا ياكل لحما فاكل سمكا فرجع الى ابي حنيفة فاخبره فقال ارجع فاسأله فيمن حلف لا يجلس على بساط فجلس على الارض عن الحكم فقال لا يحنث فقال اليس انه قال تعالى والله جعل لكم الارض بساطا فقال له سفيان كانك السائل الذي سالني امس فقال نعم فقال له سفيان لا يحنث في هذا ولا في الاول فرجع عن ذلك القول وظهر ان تمسك ابي حنيفة انما هو بالعرف لا بما ذكر وذلك في وجه الاستحسان ان التسمية التي وقعت في القرآن مجازية لا حقيقية لان اللحم منشأه من الدم ولا دم في السمك لسكونه الماء ولا اصل بلا زكاة فانه ينتقض بالالية تنعقد من الدم ولا يحنث باكلها لكن العرف وهو انه لا يسمى لحما ولا يذهب اوهام اهل العرف اليه عند اطلاق اسم اللحم وكذا لو قال اشتر لحما فاشترى سمكا عد مخالفا وايضا نمنع ان اسم اللحم باعتبار الانعقاد من الدم بل باعتبار الالتحام والايمان لا تبنى على الاستعمال القرآني الا ترى انه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا او لا يجلس على وتد فجلس على جبل لا يحنث مع تسميتها في القرآن دابة واوتادا وهذا كله اذا لم ينوا ما اذا نواه فاكل سمكا طريا او مالحا حنث **قوله** حلف لا ياكل لحما فاكل من مرقه لا يحنث الا اذا كان نواه **قوله** وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقة الا انه حرام واليمين تنعقد على الحرام واليمين تنعقد على الحرام منعا وحلا وان وجب في الحل ان يحنث بخلاف النذر للنص لا نذر في معصية الله تعالى ولكنه يرد عليه ان الايمان تبنى على العرف ولا يذهب الاوهام في اكل اللحم الى اكل لحم الآدمي والخنزير وان سمى العرف لحم الآدمي لحما وكذا لحم الخنزير لان الواجب العرف في قولنا اكل فلان لحما فصار كما في لا يركب دابة فلان اعتبر العرف في ركب فان المتبادر منه ركوب هذه الانواع فيتقيد الركوب المحلوف عليه به ثم نقل العتابي خلافه فقال قيل الحالف اذا كان مسلما ينبغي ان لا يحنث لان اكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف قال وهو الصحيح وفي الكافي عليه الفتوى وما قيل العرف العملي لا يقيد اللفظ غير صحيح وقد قدمناه في النكاح الفضولي ردا على المعوضين هناك واورد ان الكفارة فيها معنى العبادة فكيف يجب بفعل هو حرام محض واجيب بان الفعل والحرمة انما يعتبران في السبب والسبب في وجوب الكفارة اليمين وان كان متعلقا باليمين والحنث وانما علق بها حتى لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث وان كان السبب هو اليمين وحده ليكون سبب الكفارة موصوفا بالاباحة والحرمة والاباحة لليمين والحظر للحنث وهذه انصراف عن المذهب الجمع على تقدير ان السبب هو الحنث وكون اليمين مذهب الشافعي والقاء النشر اشر عليه وكان يغني عن التهالك في اثباته فيما تقدم تسليم ان اليمين سبب ولكنا شرطنا لوجوب الكفارة الحنث لما ذكر ولا خلاف بيننا وبينهم ويوجب بطلان ما اتفقوا عليه في الجواب من ان الاضافة في كفارة اليمين

ولكذا اذا اكل كبدا او كرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما قال ولو حلف لا ياكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا ترى انه ينشأ من الدم

الى المشروط الى المسبب وكل هذا السبب الحرام ان الكفارة في اليمين لستر الجناية الثابتة بالحنث ونحن جعلناها جبرا لهتك حرمة اسم الله الثابتة بمباشرة معصية كان الحنث او طاعة واجبة او مندوبة وهذا لان الحنث اذا كان واجبا استحال ان يكون حراما وما يظن من انه يصح واجبا حراما من جهتين توهم والا فمعنى الواجب والحرام ما تعلق به خطاب الشرع نهيا عنه وطلبا له فكيف يكون بعينه مطلوب العدم مطلوب الايجاد في وقت واحد فليس ذلك وجها من الاوهام ومثله في كفارة الاحرام تثبت ولا جناية اذا كان مريضا او به اذى من راسه **قوله** وكذا اذا اكل كبدا او كرشا او رية او قلبا او طحالا يعني حنث لان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما قال في الخلاصة هذا في عرف اهل الكوفة وفي عرفنا لا يحنث ذكره في المحيط ايضا ولو اكل الراس والاكارع يحنث وبه قال الشافعي في الاصح ولا يحنث باكل الشحم والالية لانه نوع آخر وفي اللحم بخلاف شحم الظهر حيث يحنث به بالاتفاق لانه تابع اللحم في الوجود ويقال في العرف لحم سمين **قوله** ولو حلف لا ياكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار فيلزم كونه من بعض مسماه ولذا استثنى في قوله تعالى حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما فيحنث به ولابي حنيفة انه لحم حقيقة لانه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم في اتخاذ الوان الطعام والقلايا ويجعل قطعا ويلقى فيها كما يفعل باللحم ولا يفعل ذلك بالشحم ويحصل به قوته ولذا يحنث باكله في اليمين على ان لا ياكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على ان لا يبيع شحما والقاطع ينفي قولهما ان العرف لا يفهم من اسم الشحم الا ما في البطن وهو الذي يسمى بائعه شحاما في العرف وبائع ذلك يسمى لحاما والايمان لا تبتنى على الاسماء الشرعية فلا يفيد تسميتها شحما في آية الاستثناء وقول بعض الشارحين شحم الظهر اما الالية او لحم او شحم لا قائل بانه الالية وليس بلحم لانه يذوب دون اللحم والا لما يقال لشحم الظهر لحم الظهر فتعين انه شحم فيحنث باكله بعد ما ذكرنا لا يفيد على انا نمنع كونه ليس بلحم والاستدلال عليه بانه يذوب معارض بانه يستعمل استعمال اللحم كما ذكرنا وبه يلزم كون الذوب ليس لازما مختصا واللوازم يجوز كونها مساوية لملزومها وكونها اعم منه فتشترك الانواع المتباينة في لازم واحد فيجوز كون الذوب يتحقق فيما ليس بلحم وفي بعض ما هو لحم ولا ضرر في ذلك كذا نمنع انه لا يقال له لحم الظهر بل نقطع انه يقال له لحم سمين ولو قيل هذا لحم الظهر او سمن الظهر لم يعد مخطئا ولذا صحح غير واحد قول ابي حنيفة وذكر الطحاوي قول محمد مع ابي حنيفة وهو قول مالك والشافعي في الاصح وما في الكافي من قوله فصارت الشحوم اربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن ففي شحم البطن يحنث بالاتفاق والثلاثة على الاختلاف لا يخلو من نظر بل لا ينبغي خلاف في عدم الحنث بما في العظم قال الامام السرخسي ان احدا لم يقل بان مخ العظم شحم انتهى وكذا لا ينبغي خلاف في الحنث بما على الامعاء لانه لا يختلف في تسميته شحما **قوله** وقيل هذا اي الخلاف فيما اذا قال بالفارسية فلا يقع على شحم الظهر بحال فلا يحنث اذا عقد بالفارسية بان قال نميخورم پيه ثم اكل شحم الظهر **قوله** ولو حلف لا ياكل او لا يشتري لحما او قال شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم والحق انه لا يحنث به في حلفه على اللحم خلافا لبعض الشافعية والا في يمين الشحم خلافا لاحمد رح للعرف او العادة واما انه لا يستعمل استعمال الشحم ففيه نظر الا ان يراد جميع استعمالاته **فروع** حلف لا ياكل لحم شاة فاكل لحم عنز يحنث وقال ابو الليث رضي الله عنه لا يحنث مصريا كان الحالف او قرويا وعليه الفتوى لتغير العرف فيه ولو حلف لا ياكل لحم بقر فاكل لحم الجاموس يحنث لا في عكسه لانه نوع لا يتناول الاسم وفي فتاوى قاضي خان ينبغي ان

ويستعمل مستعاراً لما يحصل به قوته ولهذا يحنث بأكله واليمين على أكل اللحم لا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فأما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال ولو حلف لا يشتري أو لا يأكل لحماً أو شحماً فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم

لا يحنث في الفصلين لان الناس يفرقون بينهما ولو حلف لا يأكل طعاماً سماه فمضغه حتى دخل جوفه من مائه ثم ألقاه لا يحنث ولو فعل هذا في العنب فان رمى القشر والحب وابتلع الماء لا يحنث وان رمى قشره فقط وابتلع الماء والحب حنث لانه اكل الاكثر وحلف لا يأكل شيئاً من الحلوا فأي شيء اكل من الحلوا من الخبيص والعسل والسكر والناطف حنث ذكره في الاصل قال الامام النسفي في شرح الشافي هذا في عرفهم اما في عرفنا لا يحنث بالعسل والسكر والخبيص ولو حلف لا يأكل ملحاً فاكل طعاماً مالحاً يحنث كمن حلف لا يأكل الفلفل فاكل طعاماً فيه فلفل ان وجد طعم الفلفل يحنث والفقيه يفرق بين الملح والفلفل في الفلفل يحنث لان عينه غير مأكول فتنصرف اليمين الى ما يتخذ فيه بخلاف الملح فلا يحنث ما لم يأكل عينه مفرداً او مع غيره الا اذا كان وقت الحلف دلالة على صرفه الى الطعام المالح فبقول الفقيه يفتي وفي الخلاصة فيمن حلف لا يأكل من ملح ختنه فاخذ ماء وملحاً وجعلهما في العجين لا يحنث لانه تلاشى ولو حلف لا يأكل لفتاً فطبخ بارز فاكله ذكر النسفي لا يحنث وان رؤيت عينه ولم يجعل فيه ماء وفي مجموع النوازل اذا كان ترى عينه ويوجد طعمه يحنث ولو حلف لا يأكل زعفراناً فاكل كعكاً على وجهه زعفران يحنث ولو حلف لا يأكل هذا السمن فجعل خبيصاً فأكله يحنث الا اذا وجد طعمه ولم تر عينه فلا يحنث وكذا هذا التمر فجعله عصيدة فاكلها لا يحنث وفي اكل السكر لا يحنث بمص مائه ولا يأكل لحماً يشتريه فلان فاكل من لحم سخلة اشتراها فلان لا يحنث وعلى ان ليس في بيته مرقة وفي بيته قصيلة لا يعلم اذا اعلم بها او كثيرة فاسدة لا يحنث ولا يأكل من هذا القدر وقد غرف منه شيء قبل اليمين لا يحنث باكله كما لو حنث المحلوف على طعامها طبخه غيرها وفي التجريد قيل اسم الطبخ يقع بوضع القدر لا بايقاد النار وقيل لو اوقد غيرها فوضعت هي القدر لا يحنث انتهى وفي عرفنا ليس واضع القدر طابخاً قطعاً ومجرد الايقاد كذلك ومثله يسمى صبي الطباخ ومعينه والطباخ هو المركب بوضع التوابل وان لم يوقد وفي المنتقى عن محمد حلف على ما لا يؤكل ان لا يأكله فاشترى به ما يؤكل فاكله حنث ولو حلف على ما يؤكل فاشترى به ما يؤكل فاكله لا يحنث وعقد اليمين في الاول على بدله حلف لا يأكل مما يملكه فلان فاكل منه بعد خروجه عن ملكه لا يحنث وكذا مما اشتراه اذا باعه فاكله وكذا من ميراثه اذا اخرجه الوارث عن ملكه ويحنث قبله بخلاف من زرع فلان يحنث به عند الزارع ومن اشترى منه لان الزرع لا ينسخه الشراء اما لو اشترى شخص ذلك الزرع فبذره واكل منه لا يحنث ومثله من طعام يصنعه فلان فصنعه وباعه فاكل يحنث وكذا من كسب فلان فاكتسب فمات فورث عنه فاكله حنث ولو انتقل بشراء او هبة او وصية ونحوها لم يحنث ولا يشتري ثوباً مسه فلان فمسه فباعه منه حنث حلف لا يأكل حراماً فاشترى بدرهم غصب طعاماً فاكله لا يحنث لما عرف ان الثمن انما يثبت في الذمة فيصير عليه اثم الدرهم اما لو اكل خبزاً غصبه حنث ولو اشترى بذلك الخبز لحماً لا يحنث يعني اذا اكل اللحم ولو اكل لحم كلب او حمار لا يحنث عند اسد بن عمرو وقال نصير به نأخذ وقال الحسن كله حرام وقال الفقيه ابو الليث ما كان فيه اختلاف العلماء لا يكون حراماً مطلقاً وهو حسن ولو اضطر لاكل الحرام او الميتة اختلفوا والمختار يحنث وعن محمد روايتان ولو كان المغصوب خبزاً فطحنه ان اعطى مثله قبل ان يأكله لم يحنث وان اكله قبل ذلك حنث لان الحرمة ثابتة ما لم يؤد الضمان وفي الاجناس المعتوه او المكره اذا فعلا شيئاً حراماً فهو ليس بحلال

ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو أكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة رحمه الله ان له حقيقة مستعملة فانها تقلى وتغلى وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الكتاب حنث ايضا قال ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث لان عينه غير مأكول فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان ولو اكل من خبز القطائف لا يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه محتمل كلامه وكذا اذا اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان او في بلدة طعامهم ذلك يحنث

لهما ولو اكل من الكرم الذي رفعه معاملة لا يحنث اما عندهما فلا يشكل وعنده كذلك لانه عقد فاسد فانما اكل ملك نفسه **قوله** ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة يعني ولا نية له لم يحنث حتى يقضمها غير نية ولو قضمها آنية لم يحنث وكذا لو اكل من خبزها او دقيقها او سويقها وهو قول الشافعي وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لان الاكل من خبزها مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة ان له حقيقة مستعملة يعني يستعمل لفظ اكل الحنطة حقيقة اي في معناه الحقيقي وهو ان يأكل عين الحنطة فانه معنى ثابت فان الناس يقلون الحنطة ويأكلونها وهي التي تسمى في عرف بلادنا بليلة وتغلى اي توضع جافة في القدر ثم تؤكل قضما وليس المراد حقيقة القضم بخصوصها وهو الاكل باطراف الاسنان بل ان يأكل عينها باطراف الاسنان او ببسطها فاذا ثبت للفظ حقيقة تستعمل فهو اولى عند ابي حنيفة من المجاز المتعارف وهو ان يراد باكل الحنطة اكل خبزها وصار كما اذا حلف لا يأكل من هذه البقرة او الشاة فاكل لبنها او سمنها او زبدها او من هذه البيضة فاكل من فرخها لا يحنث اتفاقا واليمين على عينها اذا كان مأكولا وهما يعكسان هذا الاصل ويريان المجاز المتعارف اولى ورجح قولهما بان المتكلم انما يريد العرف فاذا لم يكن له نية انصرف اليه بخلاف مسئلة البقرة والبيضة فانه ليس اللفظ مجازا اشتهر فترجح على الحقيقة والذي يغلب ان التعارف والاكثرية وجود المعنى وهو نفس فعل اكل خبز الحنطة لا استعمال لفظ اكلت اليوم الحنطة او لا اكل حنطة فيه بل لفظة اكلت حنطة يحتمل ان يراد اكلت عينها كما يراد ما يخبز من دقيقها فيترجح قول ابي حنيفة لترجح الحقيقة عند مساواة المجاز لا يقال اكثرية المعنى توجب اكثرية اللفظ الذي يدل عليه لانا نقول لا يلزم ذلك الا اذا لم يكن الا لفظ واحد يدل به وليس هنا كذلك لانه يقال اكلت خبز الحنطة ويقال اكلت الحنطة بل الآن لا يتعارف في اكل الخبز منها الا لفظ آخر وهو اكلت الخبز اللهم الا ان ينوي اكل الخبز فيحنث به لا بالقضم او القضم فلا يحنث باكل الخبز اتفاقا ولو قضمها حنث عندهما كما يحنث بخبزها وقضم يقضم بكسر العين في الماضي وفتحها في المستقبل وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية الاصل انه لا يحنث عندهما اذا قضمها وصححها في الذخيرة ورجح شمس الائمة وقاضي خان رواية الجامع انه يحنث قال المصنف واليه الاشارة بقوله في الجامع يحنث ايضا فانه يفيد انه يحنث بالقضم ولا يلزم استعمال اللفظ حقيقة ومجازا بل يكون من عموم المجاز كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول نعلا حافيا لجعله مجازا في الدخول ولو اكل من سويقها حنث عند محمد خلافا لابي يوسف فيحتاج ابو يوسف الى الفرق بين الخبز والسويق والفرق ان الحنطة اذا ذكرت مقرونة بالاكل يراد بها الخبز دون السويق ومحمد اعتبر عموم المجاز وهذا الخلاف اذا حلف على حنطة معينة اما لو حلف لا يأكل حنطة ينبغي ان يكون جوابه كجوابهما ذكره شيخ الاسلام ولا يخفى ان الحكم والدليل المذكور المتفق على ايراده في جميع الكتب يعم المعينة والنكرة وهو ان عينها مأكول **قوله** ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه غير مأكول فانصرف اليمين الى ما يتخذ منه فيحنث بعصيدته وفي النوازل لو اتخذ منه خبيصا اخاف ان يحنث فلو استفه منه لا يحنث لتعين المجاز وهو ما يتخذ منه مرادا في العرف فلا يحنث بغيره الا ان ينويه واذا نواه لا يحنث باكل الخبز **قوله** هو الصحيح احتراز عن قول من قال يحنث لانه حقيقة كلامه قلنا نعم ولكن حقيقة مهجورة ولما تعين ارادة المجاز سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لاجنبية ان نكحتك فعبدي حر فزنى بها لا يحنث لانصراف يمينه الى العقد فلم يتناول الوطء الا ان ينويه **قوله** ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاده اهل مصره

ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من بيض او غيره لمكان الحقيقة وان حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر ويقال يكبس وفي الجامع الصغير ولو حلف لا يأكل راسا فهو على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة رحه وقال ابو يوسف ومحمد رحه على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر

خبز او ذلك خبز الحنطة والشعير لانه المعتاد في غالب البلدان ولو كان اهل بلدة لا يعتادون اكل الشعير لا يحنث به ولو اعتاد وخبز الذرة كالحجاز واليمن حنث باكله ولا يحنث باكل القطائف وينبغي ان يحنث باكل الكماج لانه خبز وزيادة فالاختصاص باسم الزيادة لا للنقص ولا يحنث بالثريد لانه لا يسمى خبزا مطلقا وفي الخلاصة حلف لا يأكل من هذا الخبز فاكله بعد ما تفتت لا يحنث لانه لا يسمى خبزا او لا يحنث بالعصيد والططماج ولا يحنث بو دقه فشربه وعن ابي حنيفة رح في حيلة اكله ان يدقه فيلقيه في عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكا ولا يحنث في خبز الارز الا ان يكون هذا الحالف في بلدة يعتادونه كما في طبرستان والنسبة اليها طبري وهو اسم آمل واعمالها قال السمعاني سمعت القاضي ابا بكر الانصاري ببغداد يقول انما هي تبرستان لان اهلها كانوا يحاربون بالفاس فعرب فقيل طبرستان وقال القتبي طبرستان معناه بالفارسية اخذ الفاس بيده اليمنى والمراد بالفاس الطبر وهو معرب التبر وهذا لا ينافي ما قاله السمعاني بقليل تامل قال العبد الضعيف اعزه الله بالبقاء للمسلمين وقد سلف لو ان بدويا اعتاد اكل خبز الشعير فدخل بلدة المعتاد فيها اكل خبز الحنطة واستمر هو لا يأكل الا الشعير فحلف لا يأكل خبزا فقالت ينعقد على عرف نفسه فيحنث بالشعير لانه لم ينعقد على عرف الناس الا اذا كان الحالف متعاملا وهو بينهم فيه فيصرف كلامه اليه لذلك هو منتفت فيمن لم يوافقهم بل هو مجانب لهم **قوله** ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم فقط دون الباذنجان والجزر المشويين لانه يراد به في العرف ذلك عند الاطلاق الا ان ينوي غير ذلك مما يشوى من بيض او غيره كبقول الاخضر الذي يسمى في عرفنا شواء العرب قولنا في ذلك قول احمد **قوله** ولو حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم يعني بالماء حتى ان ما يتخذ قلية من اللحم لا يسمى طبيخا فلا يحنث به وهذا استحسان بالعرف لان التعميم متعذر لان الدواء مما يطبخ وكذا البقول الذي يسمى في عرفنا البقل الحار ولا يقال لمن اكله اكل طبيخا فيصرف الى خاص هو اخص الخصوص وهو اللحم المطبوخ بمرق وهو متعارف الا ان ينوي غيره من الباذنجان ونحوه مما يطبخ فيحنث به وهذا يقتضي ان لا يحنث بالارز المطبوخ بلا لحم وفي الخلاصة يحنث في الارز اذا طبخ بودك فانه يسمى طبيخا بخلاف ما لو طبخ بزيت او سمن قال ابن سماعة الطبيخ يقع على الشحم ايضا ولا شك ان اللحم بالماء طبيخ وانما الكلام في انه هو المتعارف نظهر انه لا يختص به ولو اكل من مرق اللحم حنث قال المص لما فيه من اجزاء اللحم وهذا يقتضي ان من حلف لا يأكل لحما فاكل المرق الذي طبخ فيه اللحم حنث وقدمنا من المنقول خلافه والوجه ما ذكره ثانيا من قوله ولانه يسمى طبيخا يعني في العرف بخلاف مرق اللحم فانه لا يسمى لحما في العرف **قوله** ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير في تلك البلدة ويباع فيها من رؤس الابل والبقر والغنم وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل راسا فهو على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر فكان العرف في زمنه فيهما ثم صار في البقر والغنم فرجع ابو حنيفة رح عن العادة في حق رؤس الابل وفي زمانهما في الغنم خاصة فوجب على المفتي ان يفتي بما هو المعتاد في كل مصر وقع فيه حلف الحالف كما هو في مختصر القدوري وان ورد ان العادة كما هي في الرؤس مقتصرة على رؤس الغنم او البقر معا كذلك في اللحم مقتصرة على لحم ما يحل اذ لم تجر العادة ببيع لحم الآدمي والخنزير ومع ان اليمين انعقد باعتبارهما فحنث باكل لحمهما اذا حلف لا يأكل لحما اجيب بان الاصل في جنس هذه المسائل انه يجب العمل بالحقيقة (يعني اللغوية فان لم يمكن وجب اعتبار المتعارف ح واللحم يمكن فيه اكل كل ما يسمى لحما فانعقد باعتباره بخلاف الرؤس لا يمكن اكل

واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشاء ولهذا يسمى الظهر احد صلوتي العشاء في الحديث والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه مأخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة ويعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء

الى الآخر في رفعه قال التمرتاشي وهذا الاختلاف بينهم على عكس اختلافهم فيمن حلف لا ياكل الا رغيفا فاكل معه البيض ونحوه لم يحنث عندهما وحنث عند محمد **قوله** واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء بفتح العين والمد من صلوة الظهر الى نصف الليل وهذا تساهل معروف المعنى لا يعترض به فان الغداء والعشاء اسم لما يؤكل في الوقتين لا للاكل فيهما فالوجه ان يقال فالتغدى الاكل من طلوع الفجر والتعشي الاكل من الظهر الخ لان ما بعد الظهر يسمى عشاء بكسر العين ولهذا سمي الظهر احدى صلاتي العشي في الحديث اذ في الصحيحين من رواية ابي هريرة صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتي العشي وفسرت بانها الظهر في بعض الروايات هذا وتفسير التغدي بالاكل من الفجر الى آخره مذكور في التجريد وفي الخلاصة ووقت التغدي من طلوع الشمس الى الزوال ويشبه كونه نقلا من الفتاوى الصغرى وفيها السحر بعد ذهاب ثلثي الليل ويوافقه ما عن محمد فيمن حلف لا يكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير فكلمه لم يحنث وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقت الغداء من طلوع الشمس الى وقت الزوال ووقت العشاء من بعد الزوال الى ان يمضي اكثر الليل ووقت السحور من مضي اكثر الليل الى طلوع الفجر ثم قال هذا في عرفهم واما في عرفنا وقت العشاء من بعد صلاة العصر انتهى فعرفهم كان موافقا اللغة لان الغدوة اسم لاول النهار وما قبل الزوال اوله فالاكل فيه تغد وقد اطلق على السحور غداء في قوله عليه السلام للعرباض بن سارية هلم الى الغداء المبارك وليس الا مجازا القربة من الغداة وكذا السحور لما كان لا يؤكل في السحر والسحر من الثلث الاخير سمي ما يؤكل في النصف الثاني لقربه من الثلث الاخير سحورا بفتح السين والاكل فيه التسحر والتضحي الاكل في وقت الضحى ويسمى الضحاء ايضا بالفتح والمد ووقت الضحى من حين تحل الصلوة الى ان تزول واصل هذه في مسائل القضاء قال التمرتاشي فيمن حلف ليعطين فلانا حقه ضحوة فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس الى ان تزول وان قال عند طلوع الشمس او حين تطلع فله من حين تطلع الى ان تبيض لان صاحب الشرع نهى عن الصلوة عند طلوع الشمس والنهي ممتد الى ان تبيض والمساء مساآن احدهما ما بعد الزوال والآخر بعد غروب الشمس فايهما نوى صحت نيته فلو نوى هذا وحلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي ولا نية له فهو على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المساء الاول فتعين الثاني وهو ما بعد الغروب. وذكروا ان الضحوة بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلوة الى نصف النهار والغدوة ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحوة يعني الكبرى لانه من الاصباح وهذا يعرف بتسمية اهل اللغة ولو حلف ليأتينه غدوة فهذا من طلوع الفجر الى نصف النهار **قوله** ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وكذا السحور فلو اكل لقمة او لقمتين او اكثر ما لم يبلغ نصف الشبع لا يحلف ما تغديت ولا تعشيت ولا تسحرت ويرد انه صلى الله عليه وسلم قال في رواية الترمذي تعشوا ولو بكف من حشف فان ترك العشاء مهرمة ومعلوم ان كفا من حشف لا يبلغ في العادة نصف الشبع واجيب بان العرف الطارئ يفيد انه مع الشبع للقطع بقولهم ما تغديت اليوم او البارحة وان كان اكل لقمة او لقمتين وكذا المعتبر في الغداء هو في حق اهل كل بلدة ما يتعارفونه ما كولهم فلو كان عادتهم اكل الخبز في الغداء او اللبن ينصرف اليه حتى ان الحضري اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوي يحنث لانه غداء اهل البادية ولو اكل غير الخبز من ارز او تمر او غيرهما حتى شبع مما هو غير معتاد التغدي به لم يحنث ايضا **قوله** ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء من الملبوس او المأكول او المشروب لم تصح نيته لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى فاي شيء اكل او لبس او شرب حنث

لم يدين في القضاء وغيره لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه

عند الشافعي تصح نيته ديانة وهو رواية عن ابي يوسف واختيار الخصاف لان النية انما تصح في الملفوظ لتعيين بعض محتملاته والثوب في ان لبست والماكول والمشروب في ان اكلت او شربت غير مذكور تنصيصا لم تعمل النية محلها فلغت فان قيل ان لم يكن مذكورا تنصيصا فهو مذكور تقديرا وهو كالمذكور تنصيصا اجاب بانه يعني المذكور تقديرا مقتضى الاكل ماكولا وكذا اللبس والشرب والمقتضى لا عموم له عندنا ولان ثبوته ضروري فيتقدر بقدرها والضرورة في تصحيح الكلام لا تتوقف على ماكول لا على ماكول هو كذا فلا تصح ارادته فمبنى الخلاف في هذه الفروع بيننا وبين الشافعي رحمه الله في ان المقتضى لا عموم له او عموم على ما ذكروا اما لو قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا وقال عنيت شيئا دون شيء فانه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لانه ذكر اللفظ العام القابل للتخصيص فصحت نيته وهذا لانه نكرة في سياق الشرط فتعم لما عرف انها كهي في سياق النفي بسبب ان الشرط المثبت في اليمين الحلف يكون على نفيه لان المعنى نفي لبس ثوب فكانه قال لا البس ثوبا الا انه خلاف الظاهر فلا يقبله القاضي منه فان قيل ينبغي ان تصح نيته تخصيصا للمصدر المدلول عليه بالفعل فانه مذكور بذكر الفعل على ما عرف في الطلاق اجيب بان المصدر ايضا ضروري للفعل والضرورة مندفعة بلا تعميم وهذا يخالف ما تقدم في مسألة طلقي نفسك حيث جعل المصدر مذكورا بذكر الفعل فيقبل العموم حتى صحت نية الثلاث بل الحق على هذا انه عام واذا قيل كما قلتم في قوله ان خرجت فعبدي حر ونوى السفر مثلا يصدق ديانة فلا يحنث بالخروج الى غيره تخصيصا لنفس الخروج بخلاف ما لو نوى الخروج الى مكان خاص كبغداد حيث لا تصح لان المكان غير مذكور فكذا يراد تخصيص فعل الاكل وكذا قولكم فيما اذا حلف لا ساكن فلانا ونوى المساكنة في بيت واحد انه يصح وهو تخصيص للمصدر المضمون للفعل قلنا ذلك للمصدر وان عم بسبب انه في سياق النفي لان الفعل في سياقه لكنه لا يقبل التخصيص لان عمومه ضرورة تحقق الفعل في النفي فانه لا يتحقق في محله الخاص اعني بعد لفظة لا في لا اكل الا تحقق ذلك المصدر هناك وما ليس ثبوته الا ضرورة امر لا يثبت باعتبار غيره ولا يثبت ما هو زائد عليه ومعلوم ان من ضرورة ثبوت الفعل في النفي ثبوت المصدر العام وليس من ضرورة ثبوت الفعل ثبوت التصرف بالتخصيص فلا يقبله بخلاف ان اكلت اكلا فان الاسم مذكور صريحا فيقبل نية التخصيص ولا يشكل الفرق لان اكلا المذكور ليس عين اكل المتضمن للفعل الضروري الثبوت فقام المذكور مقام الاسم وقبل التخصيص واما مسألة الخروج فقد انكرها القضاة الاربعة القاضي ابو الهيثم والقاضي ابو حازم والقاضي القمي وابو طاهر الدباس وحملوا ما روي عن محمد فيها على ما لو قال ان خرجت خروجا فكانها سقطت من الكاتب ومن التزمها اجاب بان الخروج في نفسه متنوع الى سفر وغيره حتى اختلفت احكامهما فتقبل ارادة احد نوعيه وبه اجيب عن مسألة المساكنة فانها متنوعة الى كاملة وهي المساكنة في بيت واحد ومطلقة وهي ما يكون في دار فارادة المساكنة في بيت ارادة احد النوعين وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يغتسل او لا ينكح ثم قال عنيت من جنابة او امرأة دون امرأة لا يصدق قضاء ولا ديانة لان الاغتسال غير متنوع لانه عبارة عن امرار الماء والتنوع في اسبابه وكذا لا يسكن دار فلان وقال عنيت باجر ولم يسمع قبل ذلك كلام بان استاجرها منه او استعارها فانه يحلف ينوي السكنى بالاجارة او الاعارة لا يصح حتى لو سكنها بغيرهما يحنث بخلاف ما لو حلف لا يسكن دارا اشتراها فلان ومضى اشتراها

بان قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لانه لم يذكر محل الشرط فتعم فعملت النية التخصيص منه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء

لنفسه فانه يصدق لانه احد نوعي الشراء لانه متنوع الى ما يوجب الملك للمشتري وما يوجبه لغيره فيصح نية احد النوعين
بخلاف السكنى نفسها لا تتنوع لانها ليست الا الكينونة في الدار على وجه القرار وانما تختلف بالصفة ولا يصح تخصيص الصفة
لانها لم تذكر بخلاف الجنس وكذا لو حلف لا يتزوج امرأة ونوى كوفية او بصرية لا يصح لانه تخصيص الصفة ولو نوى حبشية
او عربية صحت فيما بينه وبين الله تعالى لانه تخصيص الجنس كأن الاختلاف بالنسبة الى الآباء اختلاف بالجنس وبالنسبة
الى البلاد اختلاف بالصفة وكان السر في ذلك والله اعلم ان ذكر لفظ امرأة او رجل معين ذكر ولد لأب الى آدم فكأنه
قال كل من له اب من ولد آدم واراد بعض الآباء دون بعض وليس الصفات مذكورة بعين ذكر ولد آدم وان كان
لا يخلو الموجود عن صفة فتثبت تبعا تستلزمه الوجود لا اللفظ والحق ان الافعال الخارجية لا تتصور ان تكون الا انواعا واحدا لا فرق
في ذلك بين الغسل ونحوه وبين الخروج ونحوه من الشراء فكما ان اتحاد الغسل بسبب انه ليس الا امرار الماء كذلك الخروج ليس
الا قطع المسافة غير انه يوصف بالطول والقصر في الزمان فلا تقسيم منقسمة الى نوعين الا باختلاف الاحكام شرعا فان منع
ذلك حكمنا اعتبار الشرع اياه كذلك كما في الخروج لاختلاف الاحكام في السفر وغيره والشراء للنفس وغيره تختلف حكمه فيحكم
بتعدد التنوع في ذلك ولا يخفى ان المساكنة والسكنى ليس فيها اختلاف احكام الشرع الثابتة منها بالنسبة الى طائفة اخرى
وكل في نفسه نوع لان الكل قرار في المكان ثم اعلم ان التحقيق ان المفعول في لا آكل لا البس ليس من باب المقتضى لان المقتضى
ما يقدر لتصحيح المنطوق وذلك بان يكون الكلام مما يحكم بكذبه على ظاهره مثل رفع الخطأ والنسيان او بعدم صحته شرعا مثل اعتق
عبدك عني وليس قول القائل لا آكل يحكم بكذب قائله بمجرده ولا متضمنا حكما لا يصح شرعا ثم المفعول اعني الماكول من ضروريات
وجود فعل الآكل ومثله ليس من باب المقتضى والا كان كل كلام كذلك اذ لا بد ان يستدعي معناه زمانا ومكانا فكان لا يفرق
بين قولنا الخطأ والنسيان مرفوعان وبين قام زيد وجلس عمرو فانما هو من باب حذف المفعول اختصارا وتناسيا وطائفة
من المشايخ وان فرقوا بين المقتضى والمحذوف وجعلوا المحذوف ما يقبل العموم قلنا ان نقول عمومه لا يقبل التخصيص وقد صرح من المحققين
جمع باب من العمومات ما لا يقبل التخصيص مثل المعاني اذا قلنا بان العموم من عوارض المعاني كما هو من عوارض الالفاظ وغير
ذلك اذ هذا المحذوف ليس في حكم المنطوق لتناسيه وعدم الالتفات اليه اذ ليس الغرض الا الاخبار بمجرد الفعل على عرف ان الفعل
المتعدي قد ينزل منزلة اللازم لما قلنا والاتفاق على عدم صحة التخصيص في باب المتعلقات من الزمان والمكان حتى لو نوى لا يأكل
من مكان دون آخر او زمان لا تصح نيته بالاتفاق ومن صور تخصيص الحال ان يقول لا اكلم هذا الرجل وهو قائم ونوى في حال
قيامه فنيته لغو بخلاف ما لو قال لا اكلم هذا الرجل القائم فان نيته تعمل فيما بينه وبين الله تعالى والفرق بان المفعول في حكم المذكور اذ لا تعقل
الفعل الا بعقليته ممنوع بل قطع تعقل معنى المتعدي بدون خطاره فانما هو لازم لوجوده لا مدلول اللفظ هذا ويكون ارادة نوع ليس تخصيصا
من العام مما لا يقبل المنع لانه لا يخرج عن قصر عام على بعض متناولاته واقرب الامور اليك قوله لا تقتلوا النساء والصبيان تخصيص
لا تقتلوا المشركين وما هنا نوع مندرج تحت المشركين وبمعنى تخصيص النوع ليس الا اخراج جميع افراده كما في تخصيص السفر تخصيص كل ما يصدق

قال ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا شرب منها باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة

مليا اسم السفر فيعتبر الاشكال في يمين المساكنة والخروج وقد ذكر بعض من ذكرنا والاجاب بما ذكر في الذخيرة جوابا عن ايراد قائل لو صحت نية الشراء لنفسه من حيث انه بيان نوع لا بيان تخصيص كان يجب ان يصدق في القضاء كما في الخروج وكما في قوله انت بائن قلنا نية الشراء لنفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من وجه في حق الحقوق لان الشراء لنفسه ولغيره سواء في حق الحقوق فمن هذا الوجه يكون تخصيصا ولكن في حق الملك بيان نوع لانهما مختلفان في حق الملك فوفرنا على الشبهين حظهما فقلنا من حيث انه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وان لم يكن الاسم ملفوظا ومن حيث انه تخصيص لم يجز في القضاء وهذا بخلاف قوله انت بائن ونحوه اي انواع البينونة شاء من عصمة النكاح وغيرها الا ان الاسم في الاثبات لا يعم استغراقا بخلافه في النفي لو قلت رايت رجلا لا يعم اصناف الرجال استغراقا بخلاف ما رايت رجلا **قوله** ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا اي يتناول بفمه من نفس النهر عند ابي حنيفة رح يعني اذا لم تكن له نية اما اذا نوى باناء حنث به اجماعا وقالا اذا شرب منها كيف ما شرب باناء او بيده او كرعا حنث لا فرق بين ذلك بين قوله من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب من مائها باناء او كرعا في دجلة او نهر آخر يأخذ من دجلة لان نسبة الماء اليها ثابتة في جميع هذه الصور وقولهما قول الشافعي واحمد ووجهه انه هو المتعارف المفهوم من قولنا شربت من دجلة وهو الكائن مجازا اما مجاز حذف اي من ماء دجلة او مجاز علاقته بان المعبر بدجلة عن مائها وهو اولى من مجاز الحذف لاكثريته بالنسبة اليه ولشهرة جرى النهر معتبرين له بان علاقته المجاورة ثم هو اشهر من انه يراد به نفس الكرع فيصرف اليه فيعم الكرع وغيره كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول كيف ما كان بخلاف ما لو استلقى او ادخل قدميه فقط لا يحنث لان هذا الليس ونحو ولا في اليمين تنعقد عليه وله ان المعنى الحقيقي للكلام الكرع وهو مستعمل للعرب واهل العرف لان كثيرا من الرعاء وغيرهم من اهل العرف يفعلونه وروي عنه عليه السلام انه اتى قوما فقال هل عندكم ماء بات في شن والا كرعنا واذا كان المعنى الحقيقي مستعملا كانت الحقيقة مستعملة فينعقد عليها اليمين لان الحقيقة المستعملة كانت اولى من المجاز ولهذا يحنث بالكرع اجماعا الا انهما يقولان حنث به باعتبار انه من افراد المجاز لا باعتبار ارادة الحقيقة بذلك فلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا بد ارهذا القسم وانما قلنا ان الكرع حقيقة اللفظ لان من هنا لابتداء الغاية فالمعنى ابتداء الشرب من نفس دجلة وذلك انما يكون بوضع الفم عليها نفسها فاذا وضع الفم على يده او كوز ونحوه فيه ماؤها لم يصدق حقيقة اللفظ وهو وضع فمه على نفسها واما ما في الهداية من انها للتبعيض فانما يصلح توجيها لقولهما لان المعنى ح لا اشرب بعض ماء دجلة اذ لو اريد حقيقة دجلة لم يكن للكلام معنى لان نفس دجلة هو الارض المشقوقة نهرا ليس مما يشرب ولو اريد مجاز دجلة وهو ماؤها صحت للتبعيض وتعين المراد لا اشرب بعض ماء دجلة وهو بعينه قولهما فتحنث بالكرع وغيره لانه ماء دجلة وعلى هذا فتتجه قولهما بعد الوجه المشهور في تقدم المجاز المتعارف وهو ان الكلام عند عدم قرينة ارادة المعنى الاصلي انصرف الى المشهور منه وان جعلت من للبيان بان يقال وضع الفم على نفس دجلة لا يفعل وهو الحقيقة على تقدير كونها للابتداء فلزم ان يراد بلفظ دجلة ماؤها وح جاز ان يكون من للتبعيض فالمعنى لا اشرب بعض ماء دجلة او للابتداء والمعنى لا يكون ابتداء الشرب من ماء دجلة فيحنث بشرب مائها كرعا وغيره واما الاستدلال له بقوله تعالى ان الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه الى قوله الا من اغترف غرفة بيده من جهة انه يفيد ان ما باليد يخالف الشرب

ولهذا يحنث بكل ما ينعقد عليه اليمين لو حلف بكل يمين ... [illegible]

منه فغلط وهو بناء على انه استثناء منقطع والاتصال اولى اذا امكن وهو ممكن بل المتفق عليه فان المراد انهم ابتلوا بترك الشرب من النهر فشرب كفاية وري فان حاصل المعنى من شرب منه مطلقا قليلا وكثيرا كائنا ما كان فليس مني الا من شرب منه قدر كفه تحقيقا بان اغترفها والذي انتظم عليه راي اصحابنا في الدرس توجيه قول ابي حنيفة رحمه الله ان اسم الدجلة على قول الكل حقيقة في نفس النهر دون الماء واراد وضع فم على نفس جزئه متعذر فالمراد ليس الا وضعه على الماء الكائن فيها وصح جاز كون الاسم حقيقة فيه مشتركا او مجازا فان فرض مشتركا فلا اشكال ان حقيقة اللفظ اعني مجموع التركيب يوضع الفم في انها حال كونه في خصوص ذلك المحل وان فرض مجازا في هذا المعنى فمعنى قوله للفظ حقيقة مستعملة الخ ان التركيب حقيقة وصل المعنى الحقيقي للشرب بالمعنى المجازي لدجلة وهو الماء الكائن في النهر الخاص ومع جاز كون من للتبعيض والمعنى لا اشرب بعض المياه الخاص في المكان الخاص فنظر كان من هنا للتبعيض مع صحة قوله اللفظ اي التركيب حقيقة مستعملة بحالته بين نفس الماء الكائن في المكان ثم ترجح مجازه في المفرد وهو المستعمل انما يعتبر كونه من نفس النهر على مجازيتها وهو دجلة في انها الا بهذا القيد حتى حنث بالشرب منه بانا ومن نهر صغير ياخذ منها لانه مجاز اقرب الى الحقيقة اعني دجلة بمعنى النهر ونظير المسئلتين لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصب الماء الذي فيه في كوز آخر فشرب منه لا يحنث بالاجماع ولو قال من ماء هذا الكوز فصب في كوز آخر فشرب حنث بالاجماع وكذا لو قال من هذا الجب او من ماء هذا الجب فنقل الى جب آخر ولو قال من هذا الجب او من هذا البير قال ابو سهل الشيخ لو كان الجب والبير ملآن فيمينه على الكرع عند ابي حنيفة رحمه الله لامكان العمل بالحقيقة وعندهما على الاغتراف وينبغي ان يقال على ما هو اعم من الاغتراف وان لم يكن ملآن فيمينه على الاغتراف ولو تكلف في هذه الصورة وكرع من اسفل الجب او البير اختلفوا والصحيح انه لا يحنث لعدم العرف بالكرع في هذه الحالة **فروع** لو قال لا اشرب من الفرات وشرب من نهر ياخذ منه لم يحنث اجماعا اما عنده فان يمينه على الكرع واما عندهما فلانه مثل الفرات في امساك الماء فتقطع النسبة فخرج عن عموم المجاز اما لو قال لا اشرب من ماء الفرات فشرب من نهر ياخذ منه حنث لان يمينه على ماء منسوب الى الفرات والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغار ولو قال لا اشرب ماء فراتا يحنث بكل ماء عذب في اي موضع كان ولو حلف لا يشرب من ماء المطر فجرت الدجلة بماء المطر فشرب لم يحنث ولو شرب من ماء واد سال من المطر ولم يكن فيه ماء قبل ذلك او من ماء مطر مستنقع حنث ولو حلف لا يشرب من هذا الماء فانجمد فاكله لا يحنث فاذا ذاب فشرب يحنث قال الفقيه ابو الليث هذا بمنزلة ما اذا حلف لا يجلس على البساط فجعله خرجا فجلس عليه لا يحنث فان فتقه فصار بساطا فجلس عليه حنث وفي فتاوى محمد بن الوليد لا يحنث اذا شرب لانقطاع النسبة الاولى لانتسابه الى الجمد ولو كان في الثمل حنث لان النسبة لا تنقطع ولو حلف لا يشرب من وسط دجلة فوسطها ما لم يطلق عليه اسم الشط وذلك قدر ثلث النهر او ربعه والظاهر ان هذا انما هو في النيل لان الشط ينتفي قبل الربع ايضا السعته ومن حلف لا يشرب نبيذا فهو المسكر من ماء العنب ولو مطبوخا لان الصالحين يسمونه شارب خمر ولو نوى المسكر يحنث بكل مسكر ولو حلف لا يشرب شرابا حنث بشرب الماء والنبيذ وكذا بالمسمى عندنا اقسام وقيل لا يحنث بالماء والظاهر لانه في العرف اسم الشراب لغير الماء ويحنث بشراب النيلوفر وقيل لا يقع على المتخذ من الحبوب حلف لا يشرب

ومن قال ان لم اشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس فى الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث فى ذلك كله يعنى اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافا لابى يوسف رحمه الله لان اليمين انما تعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه وله انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر فى حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد فى حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففى الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند ابى يوسف رحمه الله يحنث فى الحال وفى الوجه الثانى يحنث فى قولهم جميعا

بغير اذن فلان فاعطاه فلان فلم ياذن بلسانه فى الخلاصة ينبغى ان يحنث وهذا دليل الرضى وليس باذن ولو حلف لا يشرب خمرا فمزجها بغير جنسها كالاقسمة ونحوه يعتبر بالغالب وانما تعرف الغلبة باللون والطعم فيعتبر الغالب منهما كذا روى عن ابى يوسف فى النوادر فيما اذا حلف لا يشرب لبنا فصب عليه الماء فشربه يحنث ان كان اللون لون اللبن ويوجد طعمه وان كان لون الماء لا يحنث وعن محمد تعتبر الغلبة من حيث القلة والكثرة بالاجزاء وان كانا سواء حنث استحسانا واما اذا خلطه بجنسه بان حلف على لبن بقرة فخلطه بلبن بقرة اخرى فعند ابى يوسف هو كالجنسين يعتبر الغالب وعند محمد يحنث بكل حال لان الجنس عنده لا يغلب الجنس بل يتكثر بجنسه وهذا الخلاف فيما يمتزج بالمزج اما فيما لا يمتزج كالدهن يحنث بالاتفاق اذا عقد يمينه على الدهن

قوله ومن قال ان لم اشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس فى الكوز ماء لم يحنث وان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رضى الله عنهما سواء علم وقت الحلف ان فيه ماء او لم يعلم وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث فى ذلك كله اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله اى اصل هذا الخلاف ان تصور البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت ولبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما الى وقت وجوب البر وهو قول مالك ووجه عند الشافعية وعند ابى يوسف لا يشترط تصور البر فى انعقاد اليمين المطلقة ولا البقاء المقيدة وهو وجه آخر للشافعية ومما ابتنى على الخلاف لو حلف ليقتلن زيدا اليوم فمات زيد قبل مضى اليوم لا يحنث عندهما وحنث عند ابى يوسف لانها تبقى ويحنث فى آخر جزء من اليوم وكذا لو حلف ليقتلنه وهو ميت والحالف جاهل بموته لا يحنث عندهما خلافا له وانما شرطنا جهله بموته عندهما لانه لو كان عالما بموته انعقدت وحنث بالاتفاق بان اليمين انعقدت على ان الحيوة يحدثها الله فيه بخلاف ما اذا لم يكن عالما لانه عقدها على حياة القائمة على ظنه والواقع انتفاؤها فكان البر غير متصور كمسئلة الكوز فانه وان امكن احداث الله تعالى الماء فيه لكنه ماء آخر غير المحلوف عليه فان الحلف كان على الماء الكائن فيه حال الحلف ولا ماء فيه اذ ذاك فلذا لا ينعقد عندهما وكذا اذا حلف لياكلن هذا الرغيف اليوم فاكل قبل الليل او ليقضين فلانا دينه غدا وفلان قد مات ولا علم له او مات احدهما قبل مضى الغد او قضاه قبله او ابراه فلان قبله لم تنعقد عندهما وانعقدت عند ابى يوسف رحمه الله وكذا لو قال لزيد ان رايت عمرا فلم اعلمك فعبدى حر فراه مع زيد فسكت ولم يقل شيئا اذ قال هو عمرو لا يعتق عندهما لفوات الاعلام فلم تبق اليمين وعنده تعتق لبقاء اليمين وفوات المعقود عليه وكذا اذا حلف لا يعطيه الا باذن فلان فمات فلان ثم اعطاه لم يحنث خلافا له وكذا ليضربنه او ليكلمنه وجه قولهما ان اليمين انما تعقد للبر حلا او منعا او لاظهار معنى الصدق فكان محلها خبرا يمكن فيه البر فاذا لم يكن فات محلها ولا انعقاد الا فى محلها واذا لم تنعقد فلا حنث ولابى يوسف انه امكن اعتبارها منعقدة للبر على وجه يظهر فى الخلف وهو الكفارة كما قلنا فى الحلف على مس السماء ليقلبن هذا الحجر ذهبا حيث تنعقد مع استحالته عادة ثم يحنث فى الحال قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد فى حق الخلف لانه فرع الاصل فينعقد اولا فى حقه ثم ينتقل الى الخلف للعجز الظاهر ولذا لم تنعقد الغموس موجبة للكفارة حيث كان البر مستحيلا فيها ولو كانت اليمين مطلقة عن الوقت بان لم يذكر اليوم ففى الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن فى الكوز ماء لا يحنث عندهما لعدم انعقادها لعدم

قال ابو يوسف رحمه الله فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التأقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر فات ما عقد عليه اليمين فيحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق اما في الموقت فيجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة **قال** ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر رحمه الله لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدون الى السماء وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحيوة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد

تصور البر وعند ابي يوسف يحنث للحال في الوجه الثاني وهو ما اذا كان فيه ماء فاهريق ولم يحنث في الوجه الاول كما لو كان فيه ماء فاهريق وعندهما لم يحنث **قوله** قال ابو يوسف فرق الخ لا شك ان هنا اربع صور صورتان في المقيدة باليوم او بوقت آخر جمعة او شهر وهما ان يكون في الكوز ماء وقت الحلف ولم لا يكون وصورتان في المطلقة عندهما ما تان اليمين في المقيدة ولا ماء لا تنعقد عندهما لعدم تصور البر فلا يتصور الحنث وتنعقد عنده ويحنث للحال للعجز الدائم عن البر من وقت الحلف الى الموت وفي المقيدة مع وجود الماء تنعقد به اتفاقا واذا اهريق قبل آخر الوقت بطلت عندهما لا انعقادها ثم طرء العجز عن الفعل قبل آخر المدة لفوات شرط بقائها وهو تصور البر حال البقاء اي آخر الوقت وعنده يتأخر الحنث الى آخر جزء من الوقت فهناك يحنث وفي المطلقة ولا ماء لا تنعقد عندهما وعنده تنعقد ويحنث للعجز الحالي الذي لا يرجى زواله وفي المطلقة تنعقد اتفاقا لامكان البر عندهما فاذا اهريق حنث اتفاقا اما عند ابي يوسف فبطريق الاولى لما قبله واما عندهما فلان تصور البر شرط في المطلقة الا لانعقاد فقط وقد وجد حال الانعقاد لفرض وجود الماء حال الحلف فقد فرق ابو يوسف بين المقيدة فاوجب الحنث مطلقا آخر الوقت وبين المطلقة اذا كان الماء موجودا حال الحلف فاوجب الحنث حال الاراقة فاذا لم يكن موجودا فالحنث بعد فراغه من اليمين والفرق ان المواقيت للتوسعة على نفسه في الفعل فلا يتعين الفعل عليه الا في آخر جزء من الوقت وان كان التاخير لا يرجى له فائدة فيما اذا لم يكن ماء وقت الحلف لان اللفظ ما لواجب انعقاد اليمين في حق الفعل مضيقا متعينا الا في آخر جزء منه فلا يحنث قبله فكذا اذا كان فيه ماء فصب لهذا بعينه بخلاف المطلقة ولا ماء فانه لا فائدة في تاخير الحنث وان كانت اليمين المطلقة لا يقع الحنث فيها الا بموت الحالف او المحلوف عليه في مثل حلفه على ضربه او طلاقها فان ذلك ان كان البر مرجوا ولا رجاء هنا وفيما اذا كان الماء موجودا لا يثبت هذا اليأس الا عند الاراقة فيحنث اذ ذاك وهما ايضا يحتاجان الى الفرق ولانه لا يحنث عندهما اذا ذكر الوقت فاهريق قبل آخره فاذا لم يذكر فاهريق يحنث والفرق ان الوقت اذا ذكر كان البر واجبا عليه في الجزء الاخير وعنده المحلوف عليه فائت فكانه حلف اذ ذاك ليشربن ما في هذا الكوز اليوم وعلمت بهذا ان اشتراطهما بقاء التصور لبقاء اليمين الموقتة هو في المعنى اشتراط التصور لانعقاد اليمين المطلقة بخلاف ما اذا لم يذكر الوقت فان البر واجب عليه في الحال فاذا فات المحلوف عليه حنث لقائل ان يقول وجوب البر في المطلقة في الحال ان كان بمعنى تعينه حتى يحنث في ثاني الحال فلا شك انه ليس كذلك وان كان بمعنى الوجوب الموسع الى الموت فيحنث في آخر جزء من الحيوة فالموقتة كذلك لانه لا يحنث الا في آخر جزء من الوقت الذي ذكره فذلك الجزء بمنزلة آخر جزء من الحيوة فلاي شيء تبطل اليمين عند آخر اجزاء الوقت في الموقتة ولم يبطل عند آخر جزء من الحيوة في المطلقة ومن فوائد هذه المخالفة ما لو قال رجل لامرأته ان لم تهبي لي صداقك اليوم فانت طالق فقال ابوها ان وهبت له صداقك فامك طالق فحيلة عدم حنثهما ان يشتري منه بمهرها ثوبا ملفوفا وتقبضه فاذا مضى اليوم لم يحنث ابوها لانها لم تهب صداقها ولا الزوج لانها عجزت عن الهبة عند الغروب لان الصداق سقط عن الزوج بالبيع ثم اذا ارادت عود الصداق ترده بخلاف خيار الروية **قوله** ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها يعني اذا حلف مطلقا كما هو في الكتاب اما اذا وقت اليمين فقال لافعلن غدا لم يحنث حتى يمضي ذلك الوقت حتى لو مات قبله لا كفارة عليه اذ لا حنث وقال زفر لا تنعقد اصلا لانه مستحيل عادة

باب اليمين في الكلام

قال ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث لانه قد
كلمه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهمه لتغافله

فيجعل كالمستحيل حقيقة كما في الكوز فلا ينعقد ولنا ان صعود السماء ممكن ولهذا صعدته الملائكة وبعض الانبياء وكذا تحويل الحجر ذهبا بتحويل
الله تعالى صفة الحجرية والباس صفة الذهبية بناء على ان الجواهر كلها متجانسة مستوية في قبول الصفات او باعدام الاجزاء
الحجرية وابدالها باجزاء ذهبية فالتحويل في الاول اظهر فهو ممكن عند المتكلمين على ما هو الحق وكرامات الاولياء فكان البر متصورا
فينعقد اليمين موجبة لخلفه وهو الكفارة للعجز الثابت عادة فلا يرجى زواله وصار كما اذا مات الحالف فانه يحنث في آخر جزء
كما قلنا مع احتمال عادة الحيوة فيه فيثبت معه احتمال ان يفعل المحلوف عليه ولكن لم يعتبر ذلك الاحتمال بخلاف العادة فحكم
بالحنث اجماعا بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه لا يمكن ولا تتعلق القدرة به فلذا لم تنعقد فمحط الخلاف
انه الحق المستحيل عادة بالمستحيل حقيقة ونحن نمنعه وكل ما وقع في هذه المسائل من لفظ متصور فمعناه ممكن وليس معناه متعقلا

متعقلا والله سبحانه وتعالى اعلم

باب اليمين في الكلام لما فرغ من ذكر الافعال التي هي اهم من الكلام كالاكل والسكنى وتوابعها شرع في الكلام اذ لا بد
منه وتوقعه لان الانسان لا بد له من ايصال ما في نفسه الى غيره لتحصيل مقاصده وبدأ بالكلام الاعم من خصوصيات العتق
والطلاق وغيرها لتقدم الاعم على الخصوصيات **قوله** ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع كلامه لقرب مكانه منه الا
انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه الا انه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله اي لغفلته فانه
يحنث وهذا لان العلم بوصول صوته الى صماخه غير ثابت فادير على مظنته ذلك فحكم به وهو كونه بحيث لو كان مصغيا سالما
سمع ولهذا لو كان اصم حنث وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه فانه قال في بعضها فناداه او ايقظه وفي بعضها
فناداه وايقظه قال واختاره مشائخنا لانه اذا لم يتنبه بكلامه صار كما اذا ناداه من بعيد جدا بحيث لا يسمع صوته فضلا من ان
يميز حروفه فحينئذ ذلك يكون لاغيا لا مسمعا ولا مسمعا وصار كما لو كان ميتا لا يحنث بكلامه بخلاف الاصم لانه يصح ان يقال كلمه
اذا كان بحيث لولا الصمم سمع لا يقال صمم في الميت كذلك لولا الموت سمع لانا نقول يمينه لا تنعقد الا على الحي لان المتعارف الكلام هو
معه ولان الغرض من الحلف على ترك الكلام اظهار المقاطعة وذلك لا يتحقق في الميت والبعيد الذي لا شعور له بندائه وكلامه
لكن ما ذكر محمد في السير الكبير اذا نادى المسلم اهل الحرب بالامان من موضع يسمعون صوته الا انهم لا يسمعون لشغلهم بالحرب فهو امان
قال السرخسي هذا يبين ان الصحيح في مسئلة الايمان الحنث وان لم يوقظه انتهى وقد فرق على هذه الرواية بان الامان يحتاط
في اثباته وقيل يحكم فيها بالخلاف فعنده يحنث لانه يجعل النائم كالمستيقظ وعندهما لا يحنث والمراد بما نسب اليه ما ذكر في باب
التيمم من ان المتيمم اذا مر وهو نائم على ماء ولا علم به ينتقض تيممه وقد تقدم هناك ما فيها من الاستبعاد للمشائخ فانه لو كان
مستيقظا حقيقة واصلا الى جانبه حفيرة ماء لا يعلم به لا ينتقض تيممه فكيف بالنائم حتى حمله بعضهم على الناعس واضيف الى هذه
مسائل تنيف على عشرين جعل فيها النائم كالمستيقظ في الذخيرة لا يحنث حتى يكلمه بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها لا متصل
فلو قال موصولا ان كلمتك فانت طالق فاذهبي او اخرجي او قومي او شتمها او زجرها متصلا لا يحنث لان هذا من تمام الكلام

وفي بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه وعليه مشايخنا لأنه إذا لم ينتبه كان كما إذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته

الأول فلا يكون مراداً باليمين إلا إن أريد به كلاماً مستأنفاً وهو وجه لأصحاب الشافعي وبه قال الشافعي في الأظهر وأحمد لكنه لم يحنث وفي المنتقى لو قال فاذهبي أو اذهبي لا تطلق ولو قال اذهبي طلقت لأنه مستقل من اليمين وأما ما في فوائد ابن سماعة عن محمد لا أكلمك اليوم أو غداً حنث لأن كلمة اليوم بقوله أو غداً ولا شك في عدم صحته لأنه كلام واحد ناقص إذا أراد أن يكلمه مسلطاً أحد الأمرين لا يقال لا أكلمك وعلى هذا إذا قال لآخر إن ابتدأتك بكلام فعبدي حر فالتقيا فسلم كل منهما على الآخر معاً لا يحنث وانحلت يمينه لعدم تصور أن يكلمه بعد ذلك ابتداء ولو قال لها إن ابتدأتك بكلام وقالت هي لك كذلك لا يحنث إذا كلمها لأنه لم يبتدئ كلامها ولا يحنث بعد ذلك لعدم تصور ابتدائها ولو حلف لا يكلمه فسلم على قوم هو فيهم حنث إلا أن لا يقصده فيصدق ديانة لا قضاء وعند مالك والشافعي رحمهما الله يصدق قضاء أيضاً أما لو قال السلام عليكم إلا على واحد صدق قضاء ديانة ولو سلم من الصلاة فإن كان إماماً قيل إن كان المحلوف عليه من يمينه لا يحنث وإن كان عن يساره يحنث لأن الأولى واقعة في الصلاة فلا يحنث بخلاف الثانية وقيل لا يحنث بها لأنها من الصلاة من وجه وكذا عن محمد لا يحنث فيهما وهو الصحيح والأصح ما في الشافي أنه يحنث إلا أن ينوي غيره وفي شرح القدوري فيما إذا كان إماماً يحنث إذا نواه وإن كان مقتدياً فعلى ذلك التفصيل عندهما وعند محمد لا يحنث مطلقاً لأن سلام الإمام يخرج المقتدي من الصلاة عنده خلافاً لهما وبه قال مالك ولو دق عليه الباب فقال من هذا حنث وقال أبو الليث لو قال بالفارسية كيست لا يحنث ولو قال كي تو حنث وبه أخذ وهو المختار ولو ناداه المحلوف عليه فقال لبيك أو لبى حنث ولو كلم الحالف بكلام لم يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف المشايخ ولو أراد أن يأمره بشيء فقال وقدام المحلوف عليه يا حائط اسمع افعل كذا كيت يسمع المحلوف عليه فإنه لا يحنث قاله في الذخيرة ولو حلف لا يكلم فناول امرأته شيئاً وقال ها حنث ولو حلف كافر سيدنا لا يسلم فبين صفة الإسلام سمعاً له ولا يوجه إليه لم يحنث وفي المحيط لو سبح الحالف للمحلوف عليه للسهو أو فتح عليه القراءة وهو مقتد لم يحنث خارج الصلاة يحنث ولو كتب إليه كتاباً أو أرسل رسولاً لا يحنث لأنه لا يسمى كلاماً عرفاً خلافاً لمالك وأحمد رحمهما الله واستدلا لهم بقوله تعالى وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحياً إلى قوله أو يرسل رسولاً أجيب عنه بأن مبنى الأيمان على العرف واعلم أن الكلام لا يكون إلا باللسان فلا يكون بالإشارة ولا الكتابة والإخبار والإقرار والبشارة تكون بالكتابة لا بالإشارة والإيماء والإظهار والإفشاء والإعلام يكون بالإشارة أيضاً فإن نوى في ذلك كله أي في الإظهار والإفشاء والإعلام والإخبار كونه بالكلام والكتابة دون الإشارة دين فيما بينه وبين الله تعالى ولو حلف لا يحنث إلا أن يشافهه وكذا لا يكلمه يقتصر على المشافهة ولو قال لا أبشره فكتب إليه حنث وفي قوله إن أخبرتني أن فلاناً قدم ونحوه يحنث بالصدق والكذب ولو قال بقدومه ونحوه فعلى الصدق خاصة كذا في المنتقى وكذا البشارة ومثله إن كتبت إلي أن فلاناً قدم فكتب إليه قبل قدومه فوصل إليه الكتاب حنث سواء وصل إليه قبل قدومه أو بعده بخلاف إن كتبت إلي بقدومه لم يحنث حتى يكتب بقدومه الواقع وذكر هشام عن محمد سألني هارون الرشيد عمن حلف أن لا يكتب إلى فلان فأمر أن يكتب إليه بإيماء أو إشارة هل يحنث فقلت نعم يا أمير المؤمنين إذا كان مثلك قال السرخسي وهذا صحيح لأن السلطان لا يكتب بنفسه وإنما يأمر به ومن عادتهم الأمر بالإيماء والإشارة ولو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه لا يحنث عند أبي يوسف رحمه الله ويحنث عند محمد لأن المقصود الوقوف على ما فيه لا عين التلفظ به ولو حلف لا يكلم فلاناً وفلاناً لم يحنث بكلام أحدهما إلا أن ينوي كلا منهما فيحنث

ومن حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف رحمه الله لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالآذن كالرضاء قلنا الرضاء من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر **قال** وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين وذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا تتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لا يحنث وان قرأ في غير صلوته حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي رح لانه كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا

بكلام احدهما وعليه الفتوى وان ذكر خلافه في بعض المواضع **قوله** ومن حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان اي بالاشتقاق الكبير او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع قال المصنف وقال ابو يوسف لا يحنث وهذه رواية عنه كما ذكره الاقطع في شرحه حيث قال ظاهر قولهم انه لا يحنث وعن ابي يوسف يحنث ووجه هذه الرواية عنه ان الاذن هو الاطلاق فانه لا يتم بالاذن كالرضا فانه لو حلف لا يكلمه الا برضى فلان فرضي ولم يعلم الحالف حتى كلمه لا يحنث اجاب المصنف بان الرضا من عمل القلب ولا كذلك الاذن نعم هو يتضمن الرضى ظاهرا لكن معناه الاعلام بالرضا فلا يتحقق الا به والرضا انما يوقف به من اه ذكر في التتمة والفتاوى الصغرى اذا اذن المولى لعبده والعبد لا يعلم لا يصح الاذن حتى اذا علم يصير مأذونا واعترض بانه يدل على تنصيص مقصود المورد لدلالته على عدم الاذن قبل العلم حيث قال حتى اذا علم صار مأذونا وما عرف انه ليس له قبل العلم حكم الاذن يدل عليه ما في الشامل في قسم المبسوط اذن لعبده فلم يعلم به احد من الناس فتصرف العبد ثم علم باذنه لم يجز تصرفه غاية ما فيه ان الاذن يثبت موقوفا على العلم فسقط تكلف جوابه وقوله على ما مر يعني ما تقدم آنفا من قوله لان الاذن مشتق من الاذان الخ

قوله وان حلف لا يكلمه شهرا فهو اي ابتداء الشهر من حين حلف لان دلالة حاله وهو غيظه الباعث على الحلف موجب ترك الكلام من الآن ونظيره اذا اجره شهرا لان العقود تراد لدفع الحاجة القائمة في الحال فظاهر انه كان ابتداؤه من وقت العقد ولانه لو لم يعتبر من الحال فسد العقد لجهالة المدة بجهالة ابتدائها وكذا آجال الديون واما الاجل في قوله كفلت لك بنفسه الى شهر اختلف في انه لبيان ابتداء المدة او لابتهائها عن ابي يوسف لانتهاء المطالبة فلا يلزم باحضاره بعد الشهر وكذا آجال الديون فجعلها لبيان ابتدائها فلا يلزم باحضاره قبل الشهر وهو احسن لان الاجل في مثله للترفيه بخلاف ما لو قال والله لاصومن شهرا فانه نكرة في الاثبات وانما يوجب شهرا شائعا بعينه الحالف ولا موجب لصرفه الى الحال واما قول المصنف لو لم يذكر الشهر تأبد فكان ذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله فظاهر انه وجه واحد حيث لم يعطف قوله عملا بدلالة حاله بالواو ومن الشارحين من قرره من وجهين لان دلالة الحال وحدها تستقل بصرف الابتداء الى ما يلي الحلف كما ذكرنا وما قبله وجه آخر وهو انه لو اطلق تأبد لانه نكرة في النفي فيقتضي مصدر ذلك الفعل فاذا اخرج ما وراء المدة بقي الشهر متصلا بالايجاب ولا يخفى ان ذكر الشهر لا دلالة له سوى على تقدير المدة الخاصة ثم الزائد عليه منتف بالاصل لا بدلالة على المعنى ولو فرض له دلالة على نفي الزائد عليه لم يلزم كون ذلك الزائد هو ما يلي شهرا ابتداؤه من الحال فلذا اختار المصنف قوله عملا بدلالة حاله هو المعين لابتدائها فكان وجها واحدا لا كما علمت من تقريرنا ان لا حاجة الى ما قدمه من لزوم التأبيد والاخراج واما ما فرع على استقلال الاخراج مما ذكره التمرتاشي من قوله ان تركت الصوم شهرا او كلامه شهرا تناول شهرا من حين حلف لان ترك الصوم والكلام مطلقا يتناول الابد فذكر الوقت لاخراج ما وراءه وكذا ان لم اساكنه فالكل مشكل بل لو ترك الصوم شهرا في عمره حنث وان لم يتركه متصلا بالحلف ولا يخفى تحميل اللفظ ما لم يوجبه نعم ان كان في مثله عرف يصرفه الى الوصل بالحلف والا فلا **قوله** ومن حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في الصلوة لا يحنث وان قرأ في غير الصلوة حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير اذا فعله في الصلوة لا يحنث وخارجها يحنث هذا جواب الاستحسان وفي القياس يحنث فيهما

ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وان عنى النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف انه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف

وهو قول الشافعي رح لانه اي القرآن والذكر كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى يحدث من امره ما يشاء وان مما احدث ان لا يتكلم في الصلوة متفق عليه واما الحديث الذي ذكره المص من قوله صلى الله عليه وسلم ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شئ من كلام الناس فيقيل عليه انه انما نفى عنها كلام الناس فلا يستلزم نفى الكلام مطلقا وهذا التفصيل جواب ظاهر المذهب ولما كان مبنى الايمان على العرف وفي العرف المتاخر لا يسمى التسبيح والقرآن ايضا وما معه كلاما حتى انه يقال لمن سبح طول يومه او قرأ لا يتكلم اليوم بكلمة اختار المشائخ انه لا يحنث اليوم بجميع ذلك خارج الصلوة واختير للفتوى من غير تفصيل بين عقد اليمين بالعربية والفارسية وما ذكر في بعض المواضع من انه لو قال كلما تكلمت بكلام حسن فانت طالق فقالت سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله اكبر طلقت واحدة ولو قالت بلا عطف سبحان الله الحمد لله لا اله الا الله الله اكبر طلقت ثلاثا لانه كلام متعدد لاستيناف كل بخلاف المعطوف لانه كلام واحد وقد يدفع بان الكلام في مطلق الكلام عرفا لا فيما قيد بقيد مما واما الشعر فانه يحنث به لانه كلام منظوم وفي الحديث اصدق كلمة قالها شاعر كلمة لبيد وعرف مما تقدم انه لا يحنث بالكتابة والايماء ونحوه **قوله** ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار فان كلمه ليلا او نهارا حنث ثم قال المص في وجهه لان اسم اليوم اذا اقترن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ولا فرق بين التولية ليلا او نهارا والكلام لا يمتد قيل في وجهه لانه عرض لا يقبل الامتداد الا بتجدد الامثال كالضرب والجلوس والسفر والركوب ونحو ذلك وذلك عند اتحاد صورة ومعنى والكلام الثاني يفيد معنى غير مفاد الاول فليس مثلا وتحقيقه ان الكلام متنوع الى خبر واستخبار وامر ونهي فلا يحمل على الكلام المطلق انه ممتد فقد يقال ولا يحمل عليه مطلقا انه غير ممتد اذ كل نوع منه على حدة ممتد على ان اسم الكلام ليس الا الالفاظ مفيدة معنى كيف ما كان فتحققت المماثلة سواء كان المفاد من نوع الاول اولا وبه يندفع القولان وكذا قال الشيخ عبد العزيز الصحيح ان يقال الطلاق مما لا يمتد لان الكلام مما يمتد يقال كلمته يوما ولان اعتبار المظروف اولى من اعتبار المضاف اليه كما في قولك امرك بيدك يوم يقدم فلان وقد تقدم تحقيق هذا الاصل في الطلاق واختلاف عباراتهم فيه وان الاولى الاعتبار بالعامل المعتبر واقعا فيه عند تحقق معنى ما اضيف اليه الظرف وعدمه بجعل اليوم لمطلق الوقت وعدمه لانه هو المقصود الاصلي بخلاف ما اضيف اليه لانه ليس مقصودا الا لتعيين ما يتحقق فيه ما قصد الى اثبات معناه بالقصد الاولى واستشكل بما لو قال والله لا اكلم فلانا اليوم ولا غدا ولا بعد غد فكلمه ليلا لا يحنث لان الليل لم يدخل وكذا لو قال في كل يوم لم يدخل الليل ذكر ذلك في التتمة وبه قال الشافعي وهذا لا يرد على ما هو المختار من اعتبار المقصود من التركيب كما ذكرنا بل على ما ذكر المص وجوابه ان المراد باليوم فيه النهار في المسئلة الاولى بدلالة اعادة حرف النفي عند ذكر الغد والا لم يكن لذكره فائدة حتى لو قال لا اكلمه اليوم وغدا وبعد غد تدخل الليلة وبه قال الشافعي رح وهو كقوله ثلاثة ايام وفي المسئلة الثانية ذكر كلمة في في كل يوم لتجديد الكلام على ما عرف في انت طالق في كل يوم تطلق ثلاثا في ثلثة ايام ولو قال كل يوم تطلق واحدة ولا يتحقق التجديد لو اريد باليوم مطلق الوقت **قوله** وان عنى النهار خاصة اي بلفظ اليوم دين اي صدق في القضاء لانه مستعمل فيه لانه حقيقة مستعملة كثيرا فيقبله القاضي وان كان فيه تخفيف على نفسه او هو مشترك بين النهار ومطلق الوقت وعن ابي يوسف لا يدين في القضاء لانه خلاف

ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت

ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان يأذن فلان او حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم او الاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين

المتعارف ثم كان خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء **قوله** ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواده كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت كما جاء في لفظ اليوم واورد عليه قول القائل ~ وكنا حسبنا كل بيضاء شحمة ليالي لاقينا جذاما وحميرا ~ سقيناهم كاسا سقونا بمثلها ~ ولكنهم كانوا على الموت اصبرا ~ والمراد مطلق الوقت فان الحرب لم يكن ليلا اجاب شمس الائمة بان المذكور الليالي بصيغة الجمع وذكر احد العددين ينتظم بازائه من الآخر ولا كذلك المفرد يعني ذكر الليالي ينتظم النهر التي بازائها كما ان ذكر الايام ينتظم الليالي التي بازائها قال تعالى ان لا تكلم الناس ثلاثة ايام وفي آية اخرى ثلث ليال والقصة واحدة وليس الكلام الا في المفرد فان ذكر الليلة لا يستتبع اليوم ولا بالقلب ونظر فيه بعضهم بانه يقتضي ان الشاعر قصد ان الملاقاة كانت مستوعبة لليالي تتبعها ايام بقدرها والمتعارف في مثل هذا الكلام انه انما يقصد الوقت لا الجمع بين الايام والليالي ليس من الشيء لان الواقع قد يكون ان الحرب وقعت بينهم ايام ولياليها هذا كثير الوقوع فالمراد ان كثير الواقع فعبر بما يفيده ولا دخل لذلك في خصوص عرف **قوله** ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان يأذن فلان او حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية اي ان القدوم والاذن غاية لعدم الكلام لما قدمنا ان فعل الشرط المثبت في اليمين يكون للمنع منه فيكون في معنى المنفي به وبالقلب فقوله ان كلمته حتى يقدم بمعنى لا اكلمه حتى يقدم وان وقع خلاف ذلك فامرأته طالق فاذا كان غاية لعدم الكلام فاليمين معقودة على الكلام حال عدم الاذن فتبقى اليمين ما بقي عدم الاذن الواقع غاية فيقع الحنث بالكلام حال عدمه وتنتهي بعد الغاية لانها مقيدة به فلا يحنث بالكلام بعد مجيئه واذنه اما ان حتى غاية فظاهر واما ان الا ان غاية فلان بينهما منع الكلام فشابهت الغاية اذ كانت الغاية منعه فاطلق عليها اسمها وتسلط قوله تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم اي الى موتهم وقيل هي استثناء على حالها فيه شيء وهو ان تقدير الاستثناء فيهما انما يكون من الاوقات او من الاحوال على معنى امرأته طالق في جميع الاوقات والاحوال الا وقت قدوم فلان او اذنه او الا حال قدومه او اذنه بتقدير مضاف الى المصدر المنسبك من ان يقدم وان يأذن فان تقدير الا ان يأذن الا اذنه وهو يستلزم تقييد الكلام بوقت الاذن والقدوم فيقتضي انه لو كلمه بعد القدوم او الاذن حنث لانه لم يخرج من اوقات وقوع الطلاق الا ذلك الوقت وهو غير الواقع ثم اورد ان الا ان شرط لا غاية لانها شرط في قول امرأته طالق الا ان يقدم زيد فان المعنى ان لم يقدم زيد واجيب بانها انما تكون للغاية فيما يحتمل التاقيت والطلاق مما لا يحتمله يعني فتكون فيه الشرط انتهى وهذا يؤيد ما تقدم من ان الكلام مما يمتد لانه شرط هنا بخلاف ما ذكره المص ولما كان مظنة ان يعترض بان الشرط هو الا ان يقدم مثبت والمفهوم ان القدوم شرط الطلاق لا عدمه وجه شارح آخر فقال وانما حمل على ان لم يقدم في مسئلة الطلاق لا على ان قدم لانه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون القدوم علما على الوقوع وتحقيق ان معنى التركيب وقوع الطلاق في الحال مستمرا الى قدوم فلان فيرتفع فيكون قدومه علما على الوقوع قبله والتحقيق في ذلك ان الطلاق يقع حال قدوم فلان وهو المعبر عنه بقولنا ان لم يقدم فحيث لم يمكن ارتفاعه بعد وقوعه بالقدوم وامكن وقوعه عند عدم القدوم اعتبر الممكن فجعل عدم القدوم شرطا وهو حاصل انت طالق ان لم يقدم فلان فلا يقع الطلاق الا ان يموت فلان قبل ان يقدم او يأذن لانه مطلق كقوله ان لم اطلقك فانت طالق قال تاج الشريعة ومهما امكن المصير الى هذا المجاز يعني الغاية لا يصار الى ذلك المجاز يعني الشرط

[illegible]

لان في هذا اجراء المجاز في مورد الاستثناء وفي ذلك اجراؤه في استثناء القدوم لا يجعل استثناء القدوم مجازا عن اشتراط عدم قدومه
ما اجراه المجاز في الجزء اولى منه في المجموع **قوله** وان مات فلان سقطت اليمين خلافا لابي يوسف لان الممنوع منه كلام ينتهي المنع
بالاذن والقدوم ولم يبق الاذن ولا القدوم بعد موت من اليه الاذن والقدوم متصور الوجود فلم يبق البر متصور الوجود وقد ثبت اشتراطه
لبقاء اليمين المؤقتة عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد على ما مر وهذه اليمين موقتة بوقت الاذن والقدوم اذ بهما يتمكن من البر اذ يتمكن من الكلام
بلا حنث فيسقط لسقوط تصور البر وعند ابي يوسف التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتابد اليمين فاي وقت كلمه فيه يحنث فان قيل
لا نسلم عدم تصور البر بموته لانه سبحانه قادر على اعادة فلان فيمكن ان يقدم ويأذن فالجواب ان الحيوة المعادة غير الحيوة المحلوف
على اذنه فيها وقدومه وهي الحيوة القائمة حالة الحلف لان تلك عرض تلاشى لا يمكن اعادتها بعينها وان اعيدت الروح فلنا
الحيوة غير الروح لانه امر لازم للروح فيما له روح **قوله** ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه اما اذا نوى يصرف اليه
بالعبودية او امرأة فلان الخ اعلم انه اذا حلف على هجران محل مضاف الى فلان كلا يكلم عبد فلان او زوجته او صديقه او لا يدخل
داره او لا يلبس ثوبه او لا يركب فرسه او لا يأكل من طعامه فلا شك ان هذه الاضافة في الكل معرفة للمعين ما عقد اليمين عليه ما هو
سواء كانت اضافة ملك كعبده وداره ودابته او اضافة نسبة اخرى غير الملك كزوجته وصديقه فالاضافة مطلقا تفيد النسبة وهي
اعم من كونها نسبة ملك او غيره فلا يصح جعل اضافة النسبة تقابل اضافة الملك كما فعل المصنف وغيره لانه لا تقابل بين الاعم والاخص
الا ان يكون بخصوص عرف اصطلاحي وهو محمل الجعل المذكور للمصنف واذا كانت هذه الاضافة مطلقا للتعريف فبعد ذلك اما ان
يقترن به لفظ الاشارة كقوله لا يكلم عبده هذا او زوجته هذه او لا فعلى تقدير عدم الاشارة الظاهر ان الداعي في اليمين كراهته
في المضاف اليه والا لعرفه باسمه العلم ثم احتيج بالاضافة ان عرض اشتراك مثلا لا اكلمه راشدا عبد فلان ليزيل الاشتراك
العارض في اسم راشد او فلانة زوجة فلان كذلك فلما اقتصر على الاضافة ولم يذكر اسمه ولا اشار اليه كان الظاهر انه
لمعنى في المضاف اليه وان احتمل ان يهجر بعضا لذاته ايضا كالزوجة والصديق فلا يصار اليه بالاحتمال ومع ذلك فاليمين
منعقدة على هجر المضاف حال قيام الاضافة وقت الفعل وان كان موجودا وقت اليمين ودامت الاضافة الى وقت
الفعل او انقطعت ثم وجدت بان باع وطلق ثم استرد او لم يكن وقت اليمين فاشترى عبدا فكلمه حنث وكذا لو لم يكن له زوجة
فاستحدث زوجة ينبغي ان يحنث في قول ابي حنيفة ولو ارتفعت النسبة الثابتة التي هي حين الاضافة بان باع فلان عبده
وداره وثوبه ودابته وعادى صديقه وطلق زوجته فكلم العبد والمرأة والصديق لا يحنث وكذا اذا لبس الثوب او دخل الدار
او ركب الدابة لا يحنث لما قلنا ان اليمين انعقدت باعتبار النسبة القائمة وقت الفعل والحال انها زائلة عنده وهذا الاصل على قول ابي حنيفة
واما عند محمد فاليمين منعقدة في المملوك على الاضافة القائمة وقت الفعل كما ذكرنا وفي اضافة النسبة على القائمة وقت اليمين فتفرع على هذا انه لو طلق
زوجته وعادى صديقه او استحدث زوجة وصديقا فكلم المستحدث لا يحنث ولو كلم المتروك حنث وهذا ما نقله المصنف من الزيادات فذهب ما جوزناه في قول ابي حنيفة
من انها تصلح للهجر لعينها لا لغيرها فكانت الاضافة لمجرد تعريف الذات المهجورة فلا يشترط دوامها ووجودها وقت الفعل فتعلق الحكم بالعينية كما في الاشارة فلو

قال وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادي المعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه

اذا قال زوجة فلان هذه ونحوها مما اضافته اضافة نسبة فالاتفاق انه يحنث بكلامه بعد انقطاعها كما سنذكر وجه المذكور في الجامع لابي حنيفة لما تقدم ايضا من ان الظاهر ان الهجر للمضاف اليه بما ذكرنا من الوجه واقل ما في الباب جواز كون هجره لنفسه وان يكون للمضاف اليه وعلى الاول يحنث وعلى الثاني لا فلا يحنث بالشك فظهر بما ذكرنا ان ما ذكره في النهاية وغيرها من قول الاصل في جنس هذه المسائل انه متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب الى الغير بالملك يراعى للحنث وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه لا معتبر بالنسبة وقت اليمين اذا لم توجد وقت الفعل وان كان منسوبا الى الغير لا بالملك يراعى وجود النسبة وقت اليمين ولا معتبر بها وقت الفعل ثم وجه الفرق بان في اضافة الملك المحل على اليمين يعني في المالك الملك لان هذه الاشيا لا تعادى لعينها وفي اضافة النسبة معنى فيهم لان الاذى يتصور منهم واستشكل بان العبد يتصور منه الاذى واجيب بان ابن سماعة ذكر في نوادره انه يحنث عند ابي حنيفة رح بهذا ووجه الظاهر العبد ساقط الاعتبار عند الاحرار فانه يباع في الاسواق كالحمار والظاهر انه ان كان منه اذى انما يقصد هجران سيده بهجرانه ولا يخفى انه اعني هذا الاصل لا يصح الا لمحمد فقط فاطلاق جعله اصلا لهذه المسائل ليس بصالح لان الاقتصار عليه يوهم الاتفاق عليه او انه الاصل لصاحب المذهب وروى ان هشاما اخبر ان محمدا رجع الى قول ابي حنيفة وقال لا يحنث هذا اذا لم يعينه فلم يذكر الاشارة فاما ان عينه فذكر الاشارة بان قال عبد فلان هذا وداره هذه او امرأته هذه وصديقه هذا فباع العبد والدار وطلق وعادى فكلم ودخل لم يحنث في المملوك من العبد والدار وحنث في غيره من المرأة والصديق عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر يحنث في الكل وهو قول الشافعي ومالك واحمد لان الاضافة في الكل للتعريف كما قدمنا والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة بخلاف التعريف الآخر ولزم اعتبارها وسقوط الآخر فاذا اعتبرت انعقدت اليمين على خصوص العين فلزم الحنث بترك هجرانها بعد الاضافة كما قبله وهما يقولان ان هجران المضاف اذا كان مملوكا ليس لذاته لسقوط اعتباره فتقيد ببقاء النسبة مع الاشارة وعدمها بخلاف غير المملوك فانه لما كان مما يعادى لنفسه كما يعادى لغيره فعند عدم الاشارة استوى الحال فلا يحنث بالشك ومع زيادة الاشارة ترجح كون هجره لمعنى في نفسه فلا يتقيد الحنث بدوام الاضافة لان كون الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه في غير المملوك غير ظاهر لعدم التعيين اي لانه لم يتعين بخلاف ما تقدم وهو اضافة الملك لان الداعي كما يجوز كونه معنى في المضاف اليه يجوز كونه نفس المضاف حيث كان صالحا لان يعادى لنفسه لانه حر متعين اذ لا يعادى المملوك لنفسه وقوله لغت الاضافة ممنوع وانما يلزم لو لم تكن لها فائدة اخرى لكن الواقع ان لها فائدة وهي افادة ان الهجران منوط منسبته الى المضاف اليه لغيظ منه فيعتبر كل منها لغايته وقد رجح ابن العز قول محمد وزفر بان العبد وان كان ساقط المنزلة قد يقصد بالهجران والحالف لو اراد هجرانه لاجل سيده لم يحتج الى الاشارة فلما اشار اليه بقوله هذا علم ان مراده قصده بالهجران قال وكذلك الدار ولكن العبد اظهر لظهور صحة قصده بالهجران كما في المرأة والصديق انتهى

وما ذكر من ان لكل فائدة ففائدة الاشارة التعريف وفائدة الاضافة بيان مناط الهجر وقد يدفع بان الاضافة تستقل بالفائدتين فانها ايضا تعرف الشخص المحلوف على هجره كما تفيد الآخر وجوابه ان الاشارة كما تفيد التعريف يحصل بها التشخيص ايضا وهذا لا يحصل بالاضافة وحدها فانه لو قال عبد فلان انعقدت على كل عبد له وفي قوله عبد فلان هذا لا يحنث بكلام عبد آخر لفلان وان كانت

وكذا في

ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة فى الحاضر لغو وهذه الصفة ليست داعية الى اليمين على ما مر من قبل **فصل قال** ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هَلْ أَتَىٰ عَلَى الْإِنسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تُؤْتِي أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمؤبد لا يقصد به غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتأبد فيتعين ما ذكرنا وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم تكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه

الاضافة تفيد ان سبب هجر العبد نسبته لسيده لكن الحنث فى الايمان لا يثبت بالقياس بل بالفعل عين المحلوف عليه لو حلف ليعطين هذا الفقير لفقره لم يحنث اذا لم يعط غيره من الفقراء وهذا الخلاف اذا لم تكن له نية اما لو نوى ان لا يدخلها ما دامت لفلان او لا يدخلها وان زالت الاضافة فعلى ما نوى لانه شدد على نفسه فى الثانى ونوى محتمل كلامه فى الاول وروى شذوذا عن ابى يوسف فى دار فلان انه يحنث بعد زوال الاضافة وليس بشئ وعنه ايضا لا يحنث بالدار المتجدد ملكها لان الملك لا يستحدث فيها عادة فانها آخر ما تباع واول ما يشترى عادة فتقيدت اليمين بالقائه فى ملكه وقت الحلف اجيب بان العرف مشترك فان الدار قد تباع وتشترى مرارا فلا يصلح مقيدا وعنه ايضا ان اليمين يتقيد فى الكل القائم فى ملكه وقت الحلف رواه بشر عنه قال اذا قال دار فلان لا يتناول ما يستحدث ملكه بخلاف قوله دار الفلان لان قوله دار فلان تمام الكلام بذكر الاضافة والا كان مجملا فلا بد منه من قيام الملك لفلان وقت يمينه وفى قوله دار الفلان الكلام تام بلا ذكر فلان فكان ذكر فلان تقييد اليمين بما يكون مضافا الى فلان وقت السكنى ثم فى الحلف لا يسكن دار الفلان لا يحنث بسكنى دار مشتركة بين فلان وغيره وان قل نصيب غيره وفى بعض الشروح لا اتزوج بنت فلان لا يحنث بالبنت التى تولد بعد اليمين بالاجماع وهو مشكل فانها اضافة نسبة فينبغى ان ينعقد على الموجودة حال الحلف لا جرم ان فى التفاريق عن ابى يوسف ان تزوجت بنت فلان او امته انه على الموجود والحادث **قوله** وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه صاحبه ثم كلمه حنث بالاجماع لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى فى الطيلسان فصار كما لو اشار اليه اى الى صاحب الطيلسان بان قال لا اكلم هذا الرجل فتعلقت اليمين بعينه والطيلسان معرب تيلسان ابدلوا التاء طاء من لباس العجم مدور اسود لحمته وسداه صوف **قوله** ولو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا حنث لان الحكم متعلق بالمشار اليه اذ الصفة فى الحاضر لغو ولا تتقيد بشبيبته فاورد عليه انه تقدم لو حلف لا ياكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا لا يحنث مع ان الصفة فى الحاضر لغو فاجاب بقوله وهذه الصفة ليست بداعية الخ يعنى ان الصفة تعتبر فى الحاضر اذا كانت داعية وصفة الرطبية مما تدعو بعض الناس الى الحلف على تركه فيتقيد به بخلاف الشبيبة هنا فانها ليست بداعية على ما تقدم وفى الوجيز لبرهان الدين محمود البخارى حلف لا يكلم صبيا او غلاما او شابا او كهلا فالكلام فى معرفة هؤلاء فى ثلث مواضع فى اللغة والشرع والعرف اما اللغة قالوا الصبى يسمى غلاما الى تسع عشرة ومن تسع عشرة شاب الى اربع وثلثين ومن اربع وثلثين كهلا الى احد وخمسين ومن احد وخمسين شيخ الى آخر عمره واما الشرع فالغلام من لم يبلغ وحد البلوغ معلوم فاذا بلغ صار شابا وفتى وعن ابى يوسف ان من ثلاث وثلثين الكهولة فاذا بلغ خمسين فهو شيخ قال الفقيه وروى قال ابو يوسف الشاب من خمس عشرة الى خمسين سنة الا ان يغلب عليه الشمط قبل ذلك والكهل من ثلثين الى آخر عمره والشيخ فيما زاد على الخمسين وكان يقول قبل هذا الكهل من ثلثين الى مائة سنة واكثر والشيخ من اربعين الى مائة وهذه روايات اخرى والاختيار والمعول عليه ما به الافتاء

فصل فى يمين من حلف لا يكلم حينا او زمانا لما كان ما فيه كالتبع لما تقدم ترجمه بالفصل **قوله** ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر فى النفى كلا اكلمه الحين او حينا والاثبات نحو لاصومن حينا او الحين او الزمان او زمانا كل هذا اذا لم ينو مقدارا معينا من الزمان فان نوى مقدارا صدق لانه نوى حقيقة كلامه لان كلا من الحين والزمان القدر المشترك بين القليل والكثير والمتوسط واستعمل فى كل ذلك ففى القليل قول نابغة الذبيانى

الشمط

وكذلك الدهر عندهما وقال ابو حنيفة رح الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعنى وابو حنيفة رح توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال وحلف لا يكلمه ايام

كاني ساعد تخت فيله بهم الرقشى في انيابها السم ناقع تناذرها الراقون من سوء سمها تطلقه حينا وحينا تراجع يريد ان السم تارة يخف المه وتارة يشتد واما في الكثير فالمفسرون في هل اتى على الانسان حين من الدهر انه اربعون سنة واما في المتوسط فقوله تعالى تؤتي اكلها كل حين باذن ربها وذلك ستة اشهر عن ابن عباس لان من حين يخرج الطلع الى ان يصير رطبا ستة اشهر ولما وقع الاستعمال كذلك ولا نية معينة للحالف حملناه على الوسط من ذلك وهو ستة اشهر ولان اليسير لا يقصد بالحلف والالم يحلف لتحقق الامتناع عنه عادة بلا يمين والمديد وهو اربعون سنة لا يقصد بالحلف عادة لانه في معنى الابد فمريده خارج عن العادة اذا لم يسمع من يقول لا اكلمه اربعين سنة مقيدا بها ولو سكت عن الحين وما معه تأبد فالظاهر انه لم يرد اقل ما ينطلق عليه الاسم من الزمان ولا الابد ولا الاربعين فيحكم بالوسط في الاستعمال وهو ما ذكرنا والشافعي يصرفه الى الاقل وهو ساعة وعرفت انه لم يقصد والا ترك ذكره ويحصل به الخلاف والزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ زمان كما يقال منذ حين وليس المراد من هذا انه ثبت استعماله لستة اشهر والاربعين سنة والاقل ما ينطلق عليه بل انه ثبت استعماله في المديد والقصير والمتوسط وهو اخو الحين في الوضع والاستعمال في ذلك وان لم يكن مثله في خصوص المدة فينصرف الى ما سمع متوسطا ثم قيل هذا ان تم في زمان المنكر لم يتم في المعرف بل الظاهر فيه انه للابد كالدهر والعمر وكذا صح الاستثناء منه فلو قال لا اكلمه الزمان الا سنة صح وعهدية الستة اشهر انما يثبت في لفظ الحين وكون الزمان مثله ان اريد في الوضع فمسلم ولا يفيد لان المقصد ان يحمل اللفظ عند عدم المعين لخصوص مدة على المدة التي استعمل فيها وسطا وان اريد في الاستعمال فيحتاج الى ثبت من موارد الاستعمال ولم يوجد هذا ويعتبر ابتداء الستة اشهر من وقت اليمين بخلاف لاصومن حينا او زمانا كان له ان يعين اي ستة اشهر شاء وتقدم الفرق

قوله وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد يعني المنكر ينصرف الى ستة اشهر اذا لم تكن له نية في مقدار من الزمان فان كان عمل به اتفاقا وقال ابو حنيفة رح الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح احترز به عما ذكر الشيخ ابو المعين من رواية بشر بن الوليد عن ابي يوسف انه قال لا فرق على قول ابي حنيفة بين قوله دهرا والدهر والصحيح ان المعرف بالاتفاق ينصرف الى الابد وانما توقف في المنكر لان استعمالاته لم تثبت على الانحاء الثلاثة المديد والقصير والوسيط فلم يدر ما ذا المقدر وتقديره بالمتيقن وهو اقل ما ينطلق عليه اسم الزمان فيه من الاستبعاد ما تقدم ولم يثبت توقيت في زائد عليه فلزم التوقف وقيل انه جاء في الحديث ان الدهر هو الله تعالى في قوله صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فاذا قال لا اكلمه الدهر احتمل ان اليمين موبدة والمعنى والله لا اكلمه والله فانك علمت ان حرف القسم يحذف وينتصب الاسم ويحتمل انه اراد الظرف هو الابد قول الشاعر هل الدهر الا ليلة ونهارها والا طلوع الشمس ثم غيارها فالنكرة وان كانت في الاثبات فهي للعموم اي كل طلوع كل غروب بالمقام وعرف انها تستعمل في الاثبات للعموم بقرينة مثل علمت نفس ما احضرت وهذا الوجه يوجب توقفه في المعرف ايضا الا ان الذي يراد به الله سبحانه هو المعرف منه لا المنكر وتوقفه دليل فقهه ودينه وسقوط اعتباره لنفسه رحمنا الله به وقد نظم جملة ما توقف فيه فقال بعضهم من قال ادري ما لم يدره فقد اقتدى في الفقه بالنعمان في الدهر والخنثى كذلك جوابه ومحل اطفال ووقت ختان والمراد بالاطفال اطفال المشركين على ما قدمنا في الجنائز فرع اذا قال لا اكلمه العمر فهو على الابد واختلف جواب بشر بن الوليد في المنكر نحو عمرا فمرة قال في على صوم عمر يقع على يوم واحد ومرة قال هو مثل الحين ستة اشهر الا ان ينوي اقل او اكثر قوله ولو حلف لا يكلمه اياما

يـــــــــــــو ـــــــــــــى ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرناه لانه يدور عليها

فهو على ثلثة ايام ذكره في الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق فانه قال واجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا او ازمنة او شهورا او سنين او جمعا او اياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها اقل الجمع المتفق عليه وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة ايام عنده كالمعرف قال الاسبيجابي والمذكور في الجامع اصح ووجهه المصنف بقوله لانه اسم جمع اسم هو جمع معنى المفرد لا بد منه ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث كما يتناول اكثر منه لكن لا مثبت للزائد فلزم المتيقن كما لو حلف لا يشتري عبيدا ولا يتزوج نساء يقع على ثلاثة واورد ان حكاية الاتفاق في المسائل المذكورة توجب عدم توقف ابي حنيفة في معنى الدهر لان من لا يدري معنى المفرد لا يدري معنى الجمع وهذا ليس بشئ اذ قوله الدهور الثلاثة مما يراد به ليس فيه تعيين معناه انه ما هو نعم يلزم لكل عاقل يعني ان يراد به الله سبحانه لمكان الجمع ومن فروع المنكر حلف لا يكلمه يوما ان حلف قبل الطلوع فهو على ما من الطلوع الى الغروب وان حلف بعده فهو على ما من وقت حلفه الى مثله من اليوم الثاني ويدخل الليل فان كلمه ليلا حنث ولو قال اليوم وقع على بقية يومه ولو حلف لا يكلمه يومين دخل الليل سواء حلف بعد الطلوع او قبله والجواب في الليل مثله في اليوم

قوله ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك الجمع والشهور والسنين والدهور والازمنة بالتعريف ينصرف الى عشرة من تلك المعدودات ففي غير الازمنة ظاهر وفي الازمنة يلزمه خمس سنين لان كل زمان ستة اشهر عند عدم النية وقالا في الايام ينصرف الى ايام الاسبوع وفي الشهور الى اثني عشر شهرا وفي الجمع والسنين والدهور والازمنة ينصرف الى جميع العمر وهو الابد وجه قولهما ان اللام للعهد اذا امكن واذا لم يمكن صرفت الى الاستغراق والعهد ثابت في الايام السبعة فانصرفت الايام اليها وفي الشهور شهور السنة فينصرف التعريف اليها ولا عهد في خصوص فيما سواهما فينصرف الى استغراق الجمع والسنين والدهور والازمنة وذلك هو جميع العمر او هي للعهد ايضا فيها فان المعهود بعد ما ذكرنا ليس الا العمر وهو قول المصنف لانه لا معهود دون العمر اي دون العمر وحاصله انه استغراق سني العمر وجمعه وله انه جمع معرف باللام فينصرف الى اقصى ما عهد مستعملا فيه لفظ الجمع على اليقين وذلك عشرة وعهديته كذلك فيما اذا وقع مميز العدد وقبله فانه يقال ثلثة ايام فيكون لفظ ايام مرادا بها الثلاثة بيقين وكذا اربعة ايام وخمسة ايام الى عشرة فكانت العشرة منتهى ما قطع بارادته بلفظ الجمع فيما لا يحصى من الاستعمالات فكان معهودا من لفظ الجمع بخلاف قوله تعالى وقطعناهم اثنتي عشرة اسباطا امما وان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا فان الجمع وان اريد به يقينا ما يزيد على العشرة لكنه لوجود ذلك مرادا مرة لا يصير معهودا من اللفظ بحيث ينصرف اليه متى ذكر بلا معين وكان المعهود ممن استعمل فيه لفظ الجمع يقينا مستمرا ليس الا العشرة فما دونها والعشرة منتهى ما عهد شائعا ارادته به قطعا فيجب الحمل عليه وبخلاف ما اذا لم يقع مميز العدد ونحو تلك الايام هذا ولها بين الناس حيث اريد به جميع الايام فان اللام فيه للجنس على سبيل الاستغراق ولا ينكر ان يراد باللام ذلك لكن المقدر انه حيث امكن العهد حمل عليه دون الجنس والاستغراق والعهد ثابت فيما يراد بالجمع عند عدم قرينة والغرض ان الحالف لم يرد شيئا بعينه

ولذا انه جمع مرف فيصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما يصرف الى الثلاثة لانه هو المعهود ثم

قالوا يجب ان يصرف الى المعهود المستمر وانما اعتبر اقصى المعهود وان كان ما دونه معهودا ايضا لانه لما عهد استعماله مميزا في العشرة عهد فيما دونها لا باستغراق اللام ولما كان الاستغراق الذي يحكم به عند عدم العهد انما يثبت لان دخول اللام لما لم يكن عهد ولا قرينة تعين غير الاستغراق من المراتب حتى تصرف الى الجنس الصالح للقليل والكثير كان للاستغراق وهذا ايضا كذلك لما انصرف الى المعهود والمعهود كل مرتبة من المراتب التي اولها ثلثة واقصاها عشرة ولا معين كانت الاستغراق المعهود وبهذا التقرير يندفع ما اورد ابن المعز من قوله وهذا اي كون اقصى ما يراد به العشرة انما يكون عند ذكر العدد واما لم يذكر يسمى الزائد عليه بالجمع بلا ريب وذكر شاهد ذلك قوله تعالى وتلك الايام وان عدة الشهور فقال وليس في قول الحالف لا اكلمه الشهور اسم العدد فلا يصح ان يقال انه اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وكذلك الايام وانما قلنا اندفع لانك علمت ان القصد لتعيين ما عهد مرادا بلفظ الجمع على وجه الاستمرار ليحمل عليه لفظ الجمع الخاص عند عدم ارادة شيء بعينه وكون لفظ اريد به غير ما عهد مستمرا كثيرا لا يوجب نفي احديته في غيره واما مشاححة الخبازي حيث قال الخبازي اسم الجمع للعشرة وما دونها الى الثلاثة حقيقة حالتي الاطلاق والاقتران بالعدد ولما زاد على العشرة عند الاطلاق عن العدد والاسم متى كان للشيء في جميع الاحوال كان اثبت مما هو اسم له في حال دون حال فليست بشيء فانه دفع كلامه بهذا القول كانه لم يبلغ الفرق بين الجمع واسم الجمع فلهذا قال للعشرة وما دونها حقيقة في حالين ولما فوقها في حالة واحدة وانما قالوا هذا في بعض اسماء الجمع مع انه يطلق من الثلاثة الى العشرة كما في رهط ذود ونفر الخ ولم يعلم ان الاضافة في قول الخبازي اسم الجمع بيانية والمعنى الاسم الذي هو الجمع ومثل هذا في عبارات جميع اهل الفنون اكثر واشهر من ان يخفى على ناظر في العلم فحاصل كلام الخبازي ان الجمع في العشرة فما دونها اثبت منه فيما زاد عليه لان الاول يراد به في حالتين والثاني في حالة يعني فكان الحمل على ما عهد له في الحالتين عند عدم المعين لازما وحقيقة ما ذكرناه في سداد التقرير يسرح له والله الموفق نعم لقائل ان يرجح قولهما في الايام والشهور بان عهدهما اعهد وذلك لان عهدية العشرة انما هو للجمع مطلقا من غير نظر الى مادة خاصة يعني الجمع مطلقا عهد للعشرة فاذا عرض في خصوص مادة من الجمع كالايام عهدية غيره كان اعتبار هذا المعهود اولى وقد عهد في الايام السبعة وفي الشهور الاثني عشر فيكون صرف خصوص هذين الجمعين اليهما اولى بخلاف غيرهما من الجموع كالسنين والازمنة فانه لم يعهد في مادتها عدد آخر فينصرف الى ما استقر للجمع مطلقا من ارادة العشرة فما دونها فان قيل هذه مغالطة فان السبعة المعهودة نفس الازمنة الخاصة والمسماة بيوم السبت ويوم الاحد الخ والكلام في لفظ ايام اذا اطلق هل عهد منه تلك الازمنة الخاصة للسبعة لا شك في عدم ثبوته في الاستعمال اذ لم يثبت كثرة اطلاق لفظ ايام وشهور ويراد يوم السبت والاحد الى الجمعة والمحرم وصفر الى آخرها على الخصوص بل الازمنة الخاصة المسميات متكررة وغير متكررة وغير بالغة السبعة بحسب المرادات للمتكلمين فالجواب منع توقف انصراف اللام الى العهد على تقدم العهد في لفظ النكرة بل اعم من ذلك بل لا فرق بين تقدم العهد بالمعنى عن اللفظ اولا حتى فانه اذا صار المعنى معهودا باي طريق فرض ثم اطلق اللفظ الصالح له معرفا باللام انصرف اليه وقد قسم المحققون العهد الى ذكري وعلمي ودل للثاني بقوله تعالى اذ هما في الغار فان ذات الغار هي المعهود ولا من لفظ سبق ذكره بل من وجوده فيه وعلى هذا فيجب حملهما وجماعة من المتأخرين بالعهد الخارجي

ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة رح عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية يصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع

اعم مما تقدم ذكره او عهد بغيره كما ذكرنا ونظيره قولنا العام يخص بدلالة العادة فان العادة ليست الا عملا منهم مستمرا ثم لا يطلق اللفظ الذي يعمها وغيرها فيتقيد بها العهد فيها عملا لا لفظا ولا قوة الا بالله قوله ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام على اليقين على ما تقدم وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقد يقال قدم في قضاء الفوائت ان الكثرة بالدخول في حد التكرار ومقتضاه ان نظر الى الكثرة بهذا المعنى هنا ان لا يحنث الا بثمانية ايام وانما لم ينظر الى الكثرة من جهة العرف لان العرف مختلف فربما يقال في الستة كثيرة وربما يقال قليلة وكذا العشرة والعشرون فانه يقال باعتبارات ونسب لم تنضبط وصورة المسئلة ان لا نية للقائل في مقدار الكثير فيخرج كل على اصله ثم قال ابو اليسر اما بلساننا فلا يجيء هذا الاختلاف بل يصرف الى ايام الجمعة بالاتفاق حتى لو قال لعبده اگر خدمت كني مرا روزها بسيار تو آزاد اذا خدم سبعة ايام يعتق لان في لساننا تستعمل مع جميع الاعداد لفظة روز فلا يجيء ما قال ابو حنيفة في انتهاء الايام الى العشرة وهذا حسن والله اعلم فروع قال اول يوم من آخر هذا الشهر فهو على السادس عشر منه وآخر يوم من اول هذا الشهر يقع على الخامس عشر منه وجمع وسنون منكر يقع على ثلاث بالاتفاق ولو حلف ليفعلن كذا عند راس الشهر او عند الهلال او اذا اهل الهلال ولا نية له فله الليلة التي فيها ويومها وان نوى الساعة التي اهل فيها صحت نيته لانه حقيقة كلامه وتغليظ عليه ولو قال اول الشهر ولا نية فله من اليوم الاول الى خامس عشرة وان قال آخر الشهر فمن سادس عشر الى آخره وغرة الشهر فالليلة الاولى واليوم الاول في العرف وان كان في اللغة للايام الثلاثة وسلخ الشهر التاسع والعشرون وان قال صلوة الظهر فله وقت الظهر كله وعند طلوع الشمس من حين تبدو الى ان تبيض وان قال وقت الضحوة فمن حين تبيض الى ان تزول فمتى اي وقت فيما بين ذلك فعل بر وان قال المساء فقد تقدم ان المساء ساآن ولو قال في الشتاء ونحوه فعن محمد رح ان كان عندهم حساب يعرفون بالشتاء والربيع والصيف والخريف فهو على حسابهم وان لم يكن فالشتاء ما يشتد فيه البرد على الدوام والصيف ما يشتد فيه الحر على الدوام فعلى هذا القياس الخريف ما ينكسر فيه الحر على الدوام والربيع ما ينكسر فيه البرد على الدوام وقال ابو الليث قال محمد رح ليس عندنا شيء في معرفة الصيف والشتاء انما ترجع فيه الى قول الناس فاذا قالوا باجمعهم ذهب الشتاء والصيف فهو كذلك فيعتبر العرف في هذه المسائل وفي الواقعات والمختارات اذا كان الحالف في بلدهم حساب يعرفون الصيف والشتاء مستمرا ينصرف اليه والا فاول الشتاء ما يلبس الناس فيه الحشو والفرو وآخره ما يستغني الناس فيه عنهما وان حصل بين الشتاء والصيف اذا استثقل ثياب الشتاء واستخف ثياب الصيف فالربيع من آخر الشتاء الى اول الصيف والخريف من آخر الصيف الى الشتاء لانه هذا هو المتعارف للناس وقيل اذا كان على الاشجار اوراق وثمار فهو صيف واذا بقي الاوراق دون الثمار فخريف واذا لم يبق عليها اوراق فالشتاء واذا خرجت الاوراق دون الثمار فالربيع وهو اذا خرجت الازهار ولو قال الى وقوع الثلج اراد وقته وتوهمه فعلى ذلك فهو الشهر الذي يقال له بالفارسية آذر فان لم يكن له نية او نوى حقيقة وقوعه فعلى حقيقة الوقوع وهو الشهر الذي يحتاج فيه الى كنسه ولا يعتبر ما يطير الى الهوى وما لا يستبين حتى يقع على الارض ولو وقع الثلج في بلد غير بلد الحالف لا يعتبر بل المعتبر وقوعه في بلدته حتى لو كان الحالف في بلد لا يقع بها ثلج تأبدت اليمين ولو قال الى قدوم الحاج فقدم واحد منهم انتهت اليمين ولو ذكر ليلة القدر وان كان لا يعرف اختلاف العلماء فيها فعلى السابعة والعشرين من رمضان وبه اخذ الفقيه ابو الليث وان كان يعرف لا ينصرف اليها والخلاف فيه معروف بين علمائنا ولو كان حلف في اثناء الشهر لا يحنث حتى

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد له فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة رح ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحيوة فصار كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا

حتى يجيء مثله من رمضان القابل وعند ابي حنيفة رح حتى يمضي كل رمضان القابل وعليه الفتوى وهذا بناء على انها في رمضان عند الكل لكنه يقول تتقدم وتتاخر وعندهما في ليلة بعينها لا تتقدم ولا تتاخر لكن المعروف

باب اليمين في العتق والطلاق لما كثر وقوع الحلف بالطلاق والعتاق بعد ما تقدم قدمه على ما بعده **قوله** ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا اذا علق به عتق امته لان بولادة الميت يتحقق الشرط لان الميت ولد حقيقة وهو ظاهر وشرعا حتى انقضى به العدة وتصير نفساء اذا رأت الدم فتحرم الصلوة عليها وتصير به الامة ام ولد وفي الحديث من رواية ابي عبيدة عنه عليه السلام انه قال في السقط يظل محبنطيا على باب الجنة حتى يدخل ابواه الجنة يروى بالهمزة وهو العظيم البطن المنتفخ اي ينتفخ بطنه من الاستلاء من الغضب وبلا همز وهو المتغضب المستبطئ للشيء والفعل منها احبنطأ مهموزا واحبنطى مقصورا ومن هذا يؤخذ ان السقط له حكم الولد وكذلك هو في الحكم فلو اسقطت سقطا استبان بعض خلقه طلقت وعتقت ايضا لانه ولد حتى صارت الامة به ام ولد ولو لم يستبن شيء من خلقه لا يعتبر وتقدم حكمه في الحيض **قوله** ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بيناه انفا لكن ليس محلا للعتق فتنحل اليمين به ولا ينزل الجزاء كما لو قال ان دخلت فانت طالق فابانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت اليمين ولا يحنث حتى لو رجعت فدخلت لا يقع ولابي حنيفة رح ان الشرط ليس الا الولد الحي هنا بخلاف ما قبله وهذا لانه جعل الجزاء وصفا للموصوف بالشرط وهو الولد وهذا الوصف اعني الحرية لا يكون الا في الحي فتقيد الموصوف بالشرط بالحيوة والا لغى الكلام فكانه قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق للام وحريتها لانه لا يصلح مقيدا الولد بالحي لان الحرية والطلاق واقع وصفا لغيره فلا يلزم تقييده به واورد عليه ما لو قيل ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا لغيره ثم عبدا لنفسه لا يعتق الثاني لانحلال اليمين بالاول ولم يتقيد ضرورة وصفه بالحرية بالعبد لنفسه واجيب بان المشترى لغيره محل الاعتاق لصحة ثبوته فيه موقوفا على اجازة مالكه فانحلت اليمين به ولم يحتج الى اضمار الملك فيه واما الميت فلا يصح ايجاب العتق به لا موقوفا ولا غيره وبهذا يقع الجواب عما قد يورد من ان قوله ان دخلت فانت طالق فان الموصوف بالجزاء هو الموصوف بالشرط ومع هذا لو ابانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت فلم يقع به ولم يتقيد قوله ان دخلت الدار في عصمتي ونحوه لانها بعد انقضاء العدة محل لمثل هذا المعنى لانه لو قال ان تزوجتك فانت طالق صح ولو توقف على نكاحها فتطلق عنده بذلك الطلاق وفي الايضاح لو قال اول عبد يدخل علي فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم عبد حي يعتق الحي ولم يذكر الخلاف والصحيح انه على الاتفاق لان العبودية لا تبقى بعد الموت ولو قال اول عبد املكه فهو حر فاشترى عبدا ونصفا معا عتق التام بخلاف ما لو قال اول كر املكه فهو هدي فملك كرا ونصفا كذلك لم يهد شيئا لان النصف يزاحم كل نصف من الكر لانه مع كل نصف منه كر بخلاف نصف العبد فانه متصل بالنصف الآخر فيكمل العبد بنصفيه ذكره

واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية وان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم مات لم يعتق لان الآخر اسم لفرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة رح حتى يعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة رح ان الموت معرف فاما الاتصاف بالآخرية من وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به وفائدته تظهر في جريان الارث وعدمه

الخبر ثابتي والمرغيناني قوله واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فتحقق بشرائه شرط العتق فيعتق ولو كان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية فيه ولو كان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة فتقييد عامله وهو الشراء بمعناه فيفيد ان الشراء في حال تفرد المشتري به وهو صادق في الثالث فيعتق بخلاف ما لو قال اول عبد املكه واحدا لا يعتق الثالث لان واحدا يحتمل التفرد في الذات فيكون حالا مؤكدة لان الواقع كونه كذلك في ذاته فلا يعتق لان كلا من الاولين كذلك فانه اول بهذا المعنى فانه في ذاته فرد واحد وسابق على من يكون بعده فلم يكن الثالث اولا بهذا المعنى ويلزم على هذا انه لو قصد هذا المعنى يعتق كل من الاثنين السابقين ويحتمل كونه بمعنى الانفراد في تعلق الفعل فيكون مؤسسة فيعتق لانه المنفرد في تعلق الفعل بخلاف الاولين فلا يعتق بالشك وقيل لانه يحتمل ان يكون حالا من العبد وان يكون حالا من المالك اي حال كوني منفردا فلا يعتق بالشك اليه اشار شمس الائمة وقاضي خان قوله وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات المولى لم يعتق لان الآخر فرد لاحق ولا سابق لهذا العبد فلا يكون لاحقا فلم يتحقق مناط العتق ولم يعتق وهذه المسألة مع التي تقدمت تحقق ان المعتبر في تحقق الآخرية وجود سابق بالفعل وفي الاولية عدم تقدم غيره لا وجود آخر متأخر عنه ولهذا لم يعتق المشترى في قوله اول عبد اشتريه فهو حر اذا لم يشتر بعده غيره ولو اشترى عبدا ثم عبدا في قوله آخر عبد اشتريه فهو حر ثم مات المولى عتق الآخر اتفاقا لانه فرد لاحق لم يعقبه غيره واختلفوا في وقت عتقه فقال ابو حنيفة يعتق من يوم اشتراه حتى يعتبر عتقه من جميع المال ان كان اشتراه في الصحة والا عتق من الثلث وقالا يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر عتقه من الثلث سواء اشتراه في الصحة او المرض وجه قولهما ان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده الى الموت فصار كانه قال ان لم اشتر بعدك آخر فانت حر فان كان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه فكذا اذا كان معناه ثابتا ولابي حنيفة رح ان الموت معرف للشرط فليس بشرط وانما الشرط اتصافه بالآخرية وتلك الصفة حصلت له من وقت الشراء الا ان الصفة بعرضية الزوال بان يشتري بعده غيره فاذا مات ولم يشتر تبين انه كان آخرا من وقت الشراء فتبين انه عتق من ذلك الوقت كما لو قال لامرأته ان حضت فانت طالق فرأت الدم لا يحكم بطلاقها في الحال بل حتى يمتد ثلاثة ايام فاذا استمر ظهر انها طلقت حين رأت الدم حيث ظهر ان ذلك الدم كان حيضا وكون صفة الآخرية انما تثبت بعدم شراء غيره وان العدم لا يتحقق الا بالموت صحيح لكنه لم يجعل الشرط عدم الشراء بل امر آخر ظهوره بالاية فلا يقع عنده مقتصرا الا لو كان هو نفس الشرط فاذا كان المظهر لتحقق الشرط ثبت عنده مستندا وعلى هذا الخلاف اذا قال آخر امرأة اتزوجها طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم اخرى ثم مات فيقع عند الموت مقتصرا عندهما ومستندا عنده وذكر ثمرة هذا الخلاف انه تظهر في جريان الارث وعدمه فعندهما ترث لانه يجعل فارا حيث حكم بطلاقها في آخر نفس من حياته ويلزمه مهر واحد ان كان دخل بها وكذا ان لم يكن دخل بها لانتهاء النكاح وتعتد عدة الوفاة والطلاق عند محمد وعند ابي يوسف عدة الطلاق لا غير ولو كان الطلاق رجعيا كان عليها عدة الوفاة وعنده لا ترث لانها طلقت ثلاثا وقت تزوجها حتى لو دخل بها لزمه مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وتعتبر عدة الطلاق وهذا بخلاف قوله ان لم اتزوج عليك فانت طالق فانه اذا مات يقتصر طلاقها قبيل الموت بالاتفاق لانه صرح بكون الشرط عدم التزوج الى الموت فيتحقق الشرط وليس الا لان مع آخر جزء من حياته آخر جزء من العدم المجعول شرطا فلم يكن يقع لعدم السابق تمام الشرط لانه اذا لم يتم اجزاء الشرط لا يتحقق الشرط بخلاف الآخرية فانها تتم بذلك الشراء آخرا كما ذكرنا ولو قال آخر امرأة اتزوجها طالق فتزوجها ثم اخرى ثم طلق الاولى وتزوجها ثم مات لم تطلق التي تزوجها مرتين لان التي ...

ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء فشرطه وان اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره فصار نظير قوله سقاه فارواه

اتصفت بالاولية فلا تتصف بالآخرية كقوله آخر عبد اضربه وضرب عبدا ثم آخر ثم اعاد الضرب على الاول ثم مات عتق الذي ضربه ثانيا لا المعاد عليه

قوله ولو قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين اي متعاقبين عتق الاول منهم فقط لان البشارة انما تحققت منه لانها اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف واما في اللغة فهو ما يغير البشرة سارا او ضارا قال تعالى فبشرهم بعذاب اليم ولكن اذا وقع بما يكره قرن بذكر ما به الوعيد كما في الآية المذكورة فلو ادعى انه في اللغة ايضا خاص بالمحبوب وما ورد في المكروه فمجاز دفع بمادة اشتقاقه وهي البشرة فانها تفيد ان لذلك الخبر اثرا في البشرة ولا شك ان الاخبار بما يخافه الانسان يوجب تغير بشرته في المشاهد المعروف كما يتغير بالمحبوب الا ان حمل العرف بناء الايمان فان بشروه معا عتقوا لان البشارة تحققت من الكل قال تعالى فبشروه بغلام عليم فنسبها الى جماعة فحقيقته تتحقق بالاولية من فرد او اكثر واصله ما روي انه عليه السلام مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال عليه السلام من احب ان يقرأ القرآن غضا طريا كما انزل فليقرأ بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه ابو بكر وعمر رضي الله عنهما بالبشارة فسبق ابو بكر عمر فكان ابن مسعود يقول متى ذكر بشرني ابو بكر واخبرني عمر ولو كان مكان البشارة اخبارا بان قال اخبرني والباقي بحاله عتق الكل ثم ان عدى بالباء بان قال ان اخبرتني بقدوم فلان اشترط فيه الصدق لافادتها الصاق الخبر بنفس القدوم ولا يخفى انها انما يتصور لصوقها الاخبار بنفسه يعني بنفس الفرد لفظا وهو الواقع في الكذب في اشتراط الصدق بناء على ان تحقق الالصاق انما يكون بالصاق الاخبار بنفس الواقع بخلاف ما لو قال ان اخبرني فلانا قدم عتق كل من اخبره صدقا او كذبا وقد اورد على اشتراط الصدق في البشارة ان تغير البشرة كما يحصل بالاخبار بالبشارة صدقا كذلك يحصل كذبا واجيب بما ليس بمفيد والوجه فيه نقل اللغة والعرف قوله ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان وقوعه كفارة يحتاج الى نية الكفارة وهذه النية تشترط قرانها بعلة العتق وهي اليمين وهذا تساهل فان علة العتق هو قوله هو حر جزء اليمين فان اليمين هو مجموع التركيب التعليقي واذا كان الشرط ذلك والفرض انه لم ينو عند التكلم به بل عند مباشرة الشرط لم يحصل شرط الكفارة فلم يجز عنها فهذا لان العتق وان كان ينزل عند وجود الشرط لكنه انما ينزل بقوله انت حر السابق فانه العلة اما الشراء فشرط عملها فلا يعتبر وجود النية عنده فصار كما لو قال عبدي حر بلا نية ثم نوى عن كفارته لا يجزيه لان النية شرط متقدم لا متاخر وانما صحت في الصوم على خلاف القياس حتى لو كان نوى عنده اذا اشتريته فهو حر من كفارة يميني فاشتراه عتق عنها وكذا لو قال هو حر يوم اشتراه يريد عن كفارتي واورد عليه ان الجزاء المعلق انما ينعقد علة عند الشرط والشراء هو الشرط وقد قرنت النية بالعلة فينبغي ان يقع عنها لقران النية بالعلة والجواب انه لما كان قبل الشرط بعرضية ان يصير علة اعتبر الشرع له حكم العلية حتى اعتبرت الاهلية عنده اتفاقا ولو كان مجنونا عند وجود الشرط وقع الطلاق والعتاق ولو كان مجنونا عند التعليق لم يعتبر اصلا فكذا يجب ان تعتبر النية عنده قوله وان اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي ومالك واحمد وهو قول ابو حنيفة رحمه الله اولا لان العلة للعتق هي القرابة المحرمة لا شراء القريب لانها التي ظهرت اثرها في وجوب الصلة كالنفقة وهي المؤثرة في العتق وانما الملك شرط عملها سواء حصل بطريق الشراء او غيره كالهبة والارث واما ان يكون الشراء نفس العلة فلا لانه لاثبات الملك والعتق لازالته وبينهما تناف فلا يكون العتق مقتضاه ولنا ان شراء القريب اعتاق لما روى الستة الا البخاري كلهم من حديث سهيل بن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة

ولو اشترى ام ولده لم تجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتريها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها اذا اشتريها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم يختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فيتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسريها لم تعتق بهذه اليمين خلافا لزفر فانه يقول التسرى لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا

عنه عم انه قال لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه يريد فيشتريه فيعتق هو عند ذلك الشراء وهذا الاجماع على انه لا يحتاج الى اثبات عتقه على اعتاق زائد بعد الشراء ولا شك ان القرابة ظاهرة الاثر فيه شرعا وقد رتب عتقه على شرائه بالفاء لما علمت من ان المعنى فيعتق هو فهو مثل سقاه فارواه فالترتيب بالفاء يفيد العلية على ما عرف مثل سهى فسجد وزنى ماعز فرجم كما بينا في قول وجه زفر وغيره وقد ثبت ان الملك ايضا كذلك بالنص مع انه يشتمل على عين حكمة وذلك ان في ترتيب العتق عليه تحصيلا لدفع مفسدة القطيعة الحاصلة بملكه اياه كالبهائم والامتعة ولمصلحة الصلة وهذه عين حكمة القرابة التي بها كانت علة العتق فوجب كون مجموع القرابة والملك علة العتق ولذا جمعنا بينهما واشتهرت عبارتنا القائلة شراء القريب اعتاق غير ان الشراء علة العلة اي علة جزء العلة اي ولما كان الشراء اختياري اضيف الحكم اليه ولزمت النية عنده فاذا نوى عند الشراء انه يشتريه عن كفارته صح بخلاف ما اذا ملك الاب وغيره بالارث فانه يثبت فيه بلا اختيار فلا يتصور النية فيه فلا يعتق عن كفارته اذا نواه لانها نية متاخرة عن العتق على ما تقدم بخلاف ما اذا وهب له او اوصى له به او تصدق به عليه فنوى عند القبول ان يعتق عن كفارته فانه يصح لسبقها مختارا في السبب بما ذكرنا من الترتيب ظهر فساد قولهم العتق يستحق بالقرابة لان العتق لا يثبت قبل تمام العلة واما المنافاة التي ذكرت في قولهم الشراء يوجب الملك والاعتاق ازالته فهو بناء على ظاهر اللفظ وقولنا شراء القريب اعتاق وقد علمت انه انما يوجب الملك وملك القريب علة العتق فالاعتاق اليه اضافة الى علة بعيدة والمنافاة انما تثبت لو كان ازالة الملك نفس موجب الشراء اولا بالذات وكان الاليق بهذه المسئلة وما بعدها فصل الكفارة **قوله** ولو اشترى ام ولده لم تجزه عن الكفارة وان نوى عند الشراء كون عتقها عن كفارة يمينه قالوا ومعنى المسئلة ان يكون تزوج امة لغيره فاولدها بالنكاح ثم يقول لها اذا اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط وهو الشراء ولا تجزيه عن الكفارة وانما صورت بهذا لانه يريد الفرق بين شراء القريب عن الكفارة وشراء ام الولد والا فالحاصل ان عتق ام الولد عن الكفارة لا يجزي معلقا ولا منجزا والفرق بين الشرائين مع ان الشراء في الفصلين مسبوق بما يوجب العتق من وجه وهما القرابة والاستيلاد ان ام الولد استحقت العتق بالاستيلاد حتى جعل اعتاقا من وجه قال عم اعتقها ولدها فهي قبل الشراء قد عتقت من وجه ولم يكن عتقها بالشراء او تنجيز اعتاقها من كل وجه بل من وجه دون وجه والواجب بالحنث في اليمين وغيره من الكفارات اعتاق من كل وجه بخلاف شراء القريب فانه اعتاق من كل وجه لانه لم يكن قبل الشراء عتق من وجه بخلاف ما لو قال لقنة ان اشتريتك فانت حر عن كفارة يميني حيث يجزيه اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم يختل اضافة العتق الى الكفارة وقد قارنته النية فكمل الموجب **قوله** ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة اعلم ان التسرى هنا تفعل من السر تسرد هو اتخاذ السرية والسرية ان كانت من السرور فانها تسر بهذه الحالة وتسر هو بها او من السر والسيادة فضم سينها على الاصل وان كانت من السر بمعنى الجماع او بمعنى ضد الجهر فانها قد تخفى على الزوجات الحرائر فضمها من تغييرات النسب كما قال دهري بالضم في النسبة الى الدهر وفي النسبة الى السهل من الارض سهلي بالضم والفعل منه بحسب اعتبار مصدره فان اعتبر التسرى قيل التسرى بابدال الراء الثالثة ياء كما في تقضي البازي وان اعتبر التسرر قيل تسرر وكان القياس ان لا يقال الا تسرى في المصدرين لانه اتخاذ السرية لكن لوحظ فيه اصل السرية وهو السرور او السر فاستعمل بروزين بابدال الياء راء وخصصت لانها هي الاصل ومنه ما ذكره ابن الاثير عن عائشة وسئلت عن المتعة لا تجد

ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره فلا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلثا فهذه وزان مسئلتنا

في كتاب الله تعالى الا النكاح والاستسرار والقياس الاستسراء بهمزة هي بدل الياء الواقعة طرفا بعد الف ساكنة كهمزة كساء ومعنى التسري عند ابي حنيفة ومحمد ان يحصن امته ويعدها للجماع افضى اليها بمائه او عزل عنها وعند ابي يوسف ونقل عن الشافعي رح ان لا يعزل مائه مع ذلك فعرف انه لو وطي امة له ولم يفعل ما ذكرنا من التحصين والاعداد لا يكون تسريا وان لم يعزل عنها وان علقت منه لنا ان مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور او ما يرجع الى الجماع او غير ذلك لا تقتضي الانزال فيها لان الجماع والسرور والسيادة كل منها يتحقق دونه فاخذه في المفهوم واعتباره بلا دليل وكون العرف في التسري تحصينها لطلب الولد دائما ممنوع بل العرف مشترك في المشاهد فمن الناس من يقصد ذلك ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير ان تلد له اذا عرف هذا فاعلم انه اذا حلف لا يتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطيها حنث ذكره القدوري في التجريد عن ابي حنيفة ومحمد رح ولو قال ان تسريت جارية فعبدي حر فاشترى جارية فتسراها عتق العبد الذي كان في ملكه وقت الحلف ولو لم يكن في ملكه عبد فملك عبدا ثم اشترى جارية فتسراها لا يعتق هذا العبد المستحدث ولو قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت وهي مسئلة الكتاب وهي اجماعية ولو اشترى جارية بعد الحلف فتسراها لا يعتق عندنا ولا عند احد من الائمة الثلاثة مالك والشافعي واحمد رح وقال زفر يعتق لان التسري لا يصلح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فكانه قال ان ملكت امة فتسريتها فهي حرة وصار كما لو قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا حتى لو تزوجها وطلقها عتق العبد ولنا انه لو اعتقت الشراء لزم صحة تعليق عتق من ليس في الملك بغير الملك وسببه والثاني باطل بالاجماع وهذا لان التسري ليس نفس الملك ولا يستلزم استعماله بل قد يتحقق بعده وقد لا يتحقق فان حقيقته ليس الا اعدادها وتحصينها للجماع فانما يستلزم وجوده وجود الملك سابقا على ابتداء التحصين والاعداد او مقارنا وهذا القدر لا يستلزم احضاره عند التكلم اصلا فضلا عن حضوره ثم تقديره مرادا لانه ليس لازما بينا له لو لا اللفظ في الذهن بل لازم لوجوده في الخارج واللوازم الخارجية لا يلزم تعقلها لتعقل ما هو ملزومها في الخارج بخلاف ما لو قال ان ملكت امة وتسريتها الخ فانه صرح بجعل الشرط الملك وبخلاف ما قاس عليه من قوله لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر لان عتق عبده القائم في ملكه ليس لاعتبارنا الشرط الملك غير ان الشرط مجموع ان تزوجتك ثم طلقتك فعبدي حر بل لاقتضاء شرط الملك غير ان الشرط هناك اذا ثبت بمقتضاه ثبت الجزاء وهو عتق عبده اما ههنا لو ثبت التسري لا يثبت عتق المتسرى بها لاحتياجه الى امر زائد على مجرد الشرط شرعا وهو كونه نفس الملك او سببه ولهذا ثبت الملك ههنا لضرورة صحة التسري به فقط لان الثابت ضرورة امر لا يتجاوزها ثم لا يثبت عند التسري عتقها لاحتياج عتق غير المملوكة بالاعتاق المعلق قبل ملكها الى كونه معلقا بالملك او سببه ولم يوجد فظهر ان هذه ليست وزان مسئلتنا وانما وزانها لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فانت طالق ثلثا ثم تزوجها فطلقها واحدة ونحن نقول في هذه لا تطلق الآخريين الباقيتين لو طلقها واحدة بعد ان تزوج بها لما ذكرنا من ان شرط الطلاق الواقع بالتطليق المعلق قبل التزوج كونه معلقا بالملك او سببه ولم يوجد نعم قد يقدر اللفظ الدال على المعنى فيصير معتبرا لفظا وان لم يكن مدلولا التزاميا لتصحيح الجزاء فيما اذا علم ان غرض اليمين المحل فانه يعرف قصد وجود الشرط ايجاد الجزاء كما قدر ابو حنيفة رح لفظ حيا

ومن قال كل مملوك لي حر يعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الإضافة المطلقة في هؤلاء إذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه إلا أن ينويهم لأن الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلت الإضافة فلا بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الأخيرة وله الخيار في الأوليين لأن كلمة أو لإثبات أحد المذكورين وقد أدخلها بين الأوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لأن العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما إذا قال إحداكما طالق وهذه وكذا إذا قال لعبيده هذا حر أو هذا وهذا عتق الأخير وله الخيار في الأوليين لما بينا

في قوله إن ولدت ولدا فهو حر لتصحيح الجزاء للعلم بأن غرضه وجود الشرط وهو الولادة والحث عليها وتخفيفها عليها وفيما ليس كذلك بل يعرف أن الغرض منع الشرط بمنع نفسه عنه لا يجوز التقدير لتصحيح وقوع الجزاء وحلف التسري من هذا القبيل وقد يستشكل هنا فقيل إن زفر لا يقول بالمقتضى حتى حكم في قوله أعتق عبدك عني بألف أنه يعتق عن المأمور فكيف خالف هنا وحكم باعتباره وتقديره وأجيب بأنه لا يلزمنا اصطلاحه فإن مناقضته لا تضرنا ومنهم من أجاب بأنه ليس عنده من باب المقتضى بل من دلالة النص حيث كان فهم الملك ثابتا عند فهم معنى التسري واعترض بأن الدلالة لا بد فيها من صورة أصل وفرع وعلة حتى قيل قياس جلي غير أنه لا يفتقر إلى أهلية الاجتهاد في فهم حكم المسكوت فالوجه كون هذا اللفظ في العرف بمعنى إن وطئت مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق العبارة وقد نقلنا في تحرير الأصول عن فخر الإسلام تفسير الدلالة بمعنى دلالة الالتزام وإن لم يرضه هذا والتحقيق أن ليس هذا من المقتضى لأن المقتضى ما يكون ثبوته لضرورة تصحيح الكلام الظاهر عدم صحته لغة مثل رفع الخطأ أو شرعا مثل أعتق عبدك عني وقول القائل تسريت لا يتبادر كذبه فيحتاج في تصحيحه إلى التقدير إزالة للخطأ وتصحيحا لما لم يصح ظاهره وهذا على وزان ما قلناه في إن أكلت بل الحق أنه في اللغة والعرف واحد وهو إعداد المملوكة الخ لا الإعداد الأعم منها ومن المزني بها فهو مدلول تضمني من قبيل العبارة قوله ومن قال كل مملوك لي حر تعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الإضافة المطلقة في هؤلاء أي إضافة الملك الكامل في هؤلاء إلى السيد ثابتة رقبة ويدا فدخلوا فيعتقون فدخل الإماء والذكور ولو نوى الذكور فقط صدق ديانة لا قضاء لأنه نوى التخصيص في اللفظ العام ولو نوى السود دون غيرهم لا يصدق قضاء ولا ديانة لأنه نوى التخصيص بوصف ليس

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لأن العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وإنما الثابت له حكم العقد إلا أن ينوي ذلك لأن فيه تشديدا أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لأنه يمنع نفسه عما يعتاده

هذا حرا وهذا وهذا عتق الأخير ويتخير في الأوليين لما بينا ومثله لو قال لفلان علي ألف أو لفلان وفلان كان له نصف الألف وللثالث النصف الآخر من الأوليين وقد يقال العطف بالواو كما يصح على الأحد المفهوم من هذه أو هذه يصح على هذه الثانية وح لا يلزم الطلاق في الثالثة لأن الترديد بين الأولى فقط والثانية والثالثة معا فيلزمه البيان كذلك والله أعلم

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك من الطلاق والعتاق والضرب

ولما كان الأيمان على هذه التصرفات أكثر منها على الصلوة والحج والصوم وما بعدها قدمها عليها والحاصل أن كل باب عقده فوقوعه أقل مما قبله وأكثر مما بعده واعلم أن الأصل عندنا أن كل عقد ترجع حقوقه إلى المباشر يستغنى الوكيل فيه عن نسبة العقد إلى الموكل ولا يحنث الحالف على عدم فعله بمباشرة المأمور لوجوده من المأمور حقيقة وحكما فلا يحنث بفعل غيره ولذلك وذلك كالحلف لا يبيع ولا يشتري ولا يؤجر ولا يستأجر ولا يصالح عن مال ولا يقاسم وكذا الفعل الذي يستناب فيه ويحتاج الوكيل إلى النسبة إلى الموكل كما إذا حلف لا يخاصم فلانا فإن الوكيل يقول ادعى لموكلي وكذا الفعل الذي يقتصر أصل الفائدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث في شيء من هذه بفعل المأمور وكل عقد لا ترجع حقوقه إلى المباشر بل هو فيه سفير وناقل عبارة يحنث فيه بمباشرة المأمور كما يحنث بفعل نفسه وذلك إذا حلف لا يتزوج فوكل به أو لا يطلق أو لا يعتق بمال أو بلا مال أو لا يكاتب أو لا يهب أو لا يتصدق أو لا يوصي أو لا يستقرض أو لا يصالح عن دم العمد أو لا يودع أو لا يقبل الوديعة أو لا يعير أو لا يستعير وكذا كل فعل ترجع مصلحته إلى الآمر كحلفه لا يضرب عبده ولا يذبح شاته فإنه يحنث بفعل المأمور ومنه قضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابته وخياطة الثوب وبناء الدار **قوله** ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لأن العقد من العاقد لا من الحالف حقيقة وهو ظاهر وحكما حتى رجعت حقوق العقد إليه وكان هو المطالب بالتسليم للثمن أو المثمن والمخاصم بالعيب وبالعين الموجرة والأجرة ولهذا لو كان العاقد بطريق الوكالة في هذه هو الحالف لا يبيع الخ يحنث في يمينه لصدق أنه باع واشترى واستأجر حقيقة وحكما وهذا قول الشافعي في الأظهر وعند مالك وأحمد يحنث لأن بالأمر يصير كأنه فعله بنفسه كما لو حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه له حنث قلنا لم يوجد الفعل منه حقيقة ولا حكما وهو الشرط للحنث بل من العاقد حقيقة وحكما وإنما الثابت له حكم العقد الذي هو الملك لا كل حكم وإن كان الحكم الأعلى بخلاف الحلق لأن اليمين لم تنعقد فيه على حلقه بنفسه لأنه غير معتاد وإنما انعقدت على الحلق مطلقا فيحنث بفعل الغير كما لو حلق بنفسه بأن كان ممن يقدر على ذلك ويفعله وقوله إلا أن ينوي ذلك استثناء من قوله لم يحنث يعني فإذا نوى البيع بنفسه أو وكيله يحنث ببيع الوكيل أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقود بنفسه فإنه يحنث وإن لم ينو لأن المقصود من الفعل ليس إلا الأمر به فيوجد سبب الحنث بوجود الأمر به للعادة وإن كان السلطان ربما يباشر بنفسه عقد بعض المبيعات ثم لو فعل الآمر بنفسه يحنث أيضا لانعقاده على الأعم من فعله بنفسه

ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى

ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المامور ولو قال عنيت ان لا اتولى ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلما بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الذبح والضرب ففعل حسي يعرف باثره والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء

او ماموره ولو كان رجلا يباشر بنفسه مرة ويوكل اخرى تعتبر الغلبة كل فعل الا العبادة والجالب كاسا من كان كحلفه لا يبني ولا يخيط انعقد كذلك قوله ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث يعني اذا فعله الوكيل وهو قول مالك واحمد ووجه للشافعية واكثرهم لا يحنث لانه لم يفعل وانما نسب الى الامر مجازا ثم انه يحنث عندكم بفعل نفسه كما بفعل المامور وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وانتم تابونه قلنا لم يملك اضافته الى نفسه بل لا يستغني عن اضافته الى موكله كانه ناقل عبارة للموكل فانتصاف العقد كله لفظا وحكما اليه فيحنث به الامر انه يقال في العرف للمتكلم بكلام غيره من شعر او حكمة هذا ليس كلام هذا الرجل بل كلام فلان فكان المعقود عليه عدم لزوم احكام هذه العقود نظرا الى الغرض وهو اعم مما يلزم بمباشرته او مباشرة ماموره وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وفيما بينه وبين الله تعالى يدين ولو حلفها وقال انت طالق باين حنث ولو آلى منها فمضت المدة حتى بانت حنث عند ابي يوسف لان الايلاء طلاق موجل فعند مضيها يقع مضافا الى الزوج وعند زفر لا يحنث لان الطلاق انما وقع حكما دفعا للضرر فلا يكون شرط الحنث موجودا ولو كان عنينا ففرق بينهما بعد المدة لم يحنث في قول زفر وعن ابي يوسف روايتان ولو زوجه فضولي فاجاز بالقول حنث وعن محمد لا يحنث وفي الاجازة بالفعل اختلاف المشايخ قال شمس الائمة والاصح عندي لا يحنث لان عقد النكاح يختص بالقول فما يكون جعل المجيز بالفعل عاقدا له ولا فرق بين كون التوكيل بعد اليمين او قبله ولو وكل بالطلاق والعتاق ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل او اعتق يحنث لان عبارة الوكيل هنا منقولة اليه قوله ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل حنث لان له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره فلملكه اياه انتقل فعل الضرب اليه بواسطة الامر به ثم منفعته راجعة الى الآمر على الخصوص وهو ما يحصل من ادبه وانزجاره فيجعل مباشرا اذ لا حقوق ترجع الى المامور وفرض المسئلة في ضرب عبده احترازا اما لو حلف لا يضرب حرا فانه لا يحنث بالامر به لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر امره الا ان يكون الحالف سلطانا او قاضيا لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فيملكان الامر به ولو قال عنيت ان لا الي بنفسي دين في القضا بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلم بكلام شرعي يوجب اثرا شرعيا في المحل وهو الفرقة والامر بذلك مثل التكلم به لان المامور به كالرسول ولذا لسان الرسول كلسان المرسل بالاجماع فاذا نوى التكلم به خاصة فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدق القاضي من حيث انه يتكلم بكلام داخل تحت ولاية المرسل مع فرض ان مقتضياته لا ترجع اليه وهي الحقوق وحقيقة المراد ان الطلاق وما معه لما كان لفظا يثبت عنده اثر شرعي فالحالف على تركه حلف على ان لا توجد الفرقة من جهته وهذا المعنى اعم من ان تحقق لمباشرته او مباشرة المامور فنيته احدهما خلاف الظاهر اما الذبح والضرب ففعل حسي لا يتوقف تحقق اثره على الامر لان الضرب يثبت مباشرة من الفاعل بلا اذن

ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التادب والتثقف فلم ينسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعته الايتمار بامره فيضاف الفعل اليه ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع تجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضي اختصاص العين به وذلك ان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجري فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء

فنسبة الفعل الى الامر مجازية باعتبار تسببه فيه فاذا نوى ان لا يفعله بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه بخلاف الكلام المجعول اسبابا شرعية لآثار شرعية لا تثبت تلك الآثار به الا باذن عن ولاية فلما كان للاذن فيهما اثر انتقلها الى الحالف قالوا وثبوت تصديقه قضاء في ضرب العبد رواية في تصديقه قضاء في الطلاق لان حقيقة كلامه المباشرة فيهما فيصدق في الفصلين وهو قول الشافعي والحق ان الفرق ثابت ولكن تاثيره في اختلاف الحكم غير ظاهر فان كون الفعل يتحقق اثره بلا اذن والقول لا يتحقق اثره الشرعي الا باذن لا يحرم عنده بلزوم الفرق المذكور **قوله** ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة الى الولد المضروب وهي التادب والتثقف اي التقوم وترك الاعوجاج في الدين والمروة والاخلاق فلم ينسب فعل المامور الى الآمر وان كان يرجع الى الاب ايضا لكن اصل المنافع وحقيقتها انما ترجع الى المتصف بها فلا موجب للنقل واما في عرفنا وعرف عامتنا فانه يقال ضرب فلان اليوم ولده وان لم يباشر ويقول العامي لولده غدا اسبقك علقة ثم يذكر لمودب الولد ان يضربه فيعد الاب نفسه قد حقق ايعاده ذلك ولم يكذب فمقتضاه ان ينعقد على معنى لا يقع بك ضرب من جهتي ويحنث بفعل المامور **قوله** من قال ان بعت لك هذا الثوب الخ لا شك انه يصح بعت لك هذا الثوب وبعت هذا الثوب لك بمعنى واحد على جعل المخاطب مشتريا له فيهما فاللام للاختصاص وانما على جعلها فيهما للتعليل اي بعته لاجلك ففي الاول تفيد الاختصاص على ما ذكر ولكن الوجه الظاهر في الاستعمال انه اذا وليت لام الفعل فان اوليت متوسطة بينه وبين المفعول نحو بعت لك هذا كانت للتعليل ووجه افادتها الاختصاص مع انها تضيف متعلقها لمدخولها ومتعلقها الفعل ومدخولها كان المخاطب اي فيفيد ان المخاطب مختص بالفعل وكونه مختصا به يفيد انه لا يتعلق الا من جهته وذلك بكون بامره واذا باع بامره كان بيعا اياه من اجله وهي لام التعليل فصار المعقود عليه البيع من اجله فاذا ذاك المخاطب ثوبه بلا علمه فباعه لم يكن باعه من اجله لان ذلك لا يتصور الا بالعلم بامره ويلزم من هذا كونه هذا لا يكون الا في الافعال التي تجري فيها النيابة كالصياغة نحو ان صنعت لك خاتما وكذا ان خطت لك وان بنيت لك بيتا بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا للمخاطب سواء كان باذنه او بغير اذنه لان المحلوف عليه لوجد من امره وعدم امره وهو بيع ثوب مختص للمخاطب لان اللام هنا اقرب الى الاسم الذي هو الثوب منه الى الفعل والقرب من اسباب الترجيح فيوجب اضافتها الثوب الى مدخولها على ما سبق مثله بالو وليت فعلا لا تجري فيه النيابة مثل الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلو قال ان اكلت طعاما او طعاما لك او شربت لك شرابا او شرابا لك او ضربت لك غلاما او غلاما لك او دخلت لك دارا او دارا لك فانه يحنث بدخول دار يختص به المخاطب اي تنسب اليه واكل طعام يملكه سواء كان باذن او بعلمه او دونها ثم ذكر ظهير الدين ان المراد بالغلام الولد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والدلالة فكان كالاجارة قال تع فبشروه بغلام عليم وقال قاضي خان المراد به العبد المعروف ولان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب يملك به فانصرف اللام الى ما يملك لا الى ما لا يملك **قوله** ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والغرض ان الملك فيه قائم لان خيار البائع لا يوجب خروج المبيع من ملك البائع فينزل الجزاء لوجود المحل ولو باعه بيعا فاسدا فان كان العبد في يد المشتري مضمونا عليه بان كان غصب

وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق معلق به والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا

ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فعتق او دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع

لا يعتق كما في البيع الصحيح البات لانه كما تم البيع يزول العبد عن ملكه الى المشتري قيل وهذا يدل على ان المعلول مع العلة في الخارج وعقيب الشرط فان البيع كما هو علة للملك هو شرط لثبوت العتق لذلك العبد فكان المعلول وهو الملك اسرع ثبوتا من المشروط الذي هو العتق حيث وجد ملك المشتري قبل وجود العتق ويمكن ان يقال بل انما قارن الاعتاق زوال الملك فلم ينزل العتق لانه بعده ولم يصادف الملك وتقدم مثل هذا للمصنف فتذكره وعلى هذا ان المعلول عقيب العلة كما هو رأى المصنف وعرف بهذا وجه تقييده المسئلة بكون البيع بشرط الخيار لانه لو قال ان بعت هذا العبد فهو حر فباعه بيعا باتا لا يعتق **قوله** وكذلك ان قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعني للمشتري يعتق ايضا اما اذا اشتراه شراء فاسدا باتا فان كان في يده مضمونا لانه غصبه عتق لانه صار معتقا ملك نفسه ولو كان شراء صحيحا عتق بطريق الاولى لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه اما على قولهما فظاهر واما على قول ابي حنيفة فلان العتق الواقع في هذا العبد بسبب تعليق هذا المشتري والمعلق بالشرط كالمنجز عنده وهو لو اشتراه بشرط الخيار واعتقه قبل اسقاط الخيار يعتق وثبت الملك سابقا له شرطا اقتضائيا وكذا هذا واورد طلب الفرق بين هذا البيع وبين النكاح الفاسد على قول ابي حنيفة حيث لا يقع به العتق فيما اذا قال ان تزوجت فعبده حر فتزوج نكاحا فاسدا مع ان كلا منهما لا يفيد الملك واجيب بان البيع وان لم يستعقب الملك فهو بيع تام على وفق الدليل وهو الايجاب والقبول في محله فكان وجوده وجود الشرط بخلاف النكاح فانه اذا صح كان على خلاف الدليل اذ الحرية تنفي ورود الملك فكيف اذا كان فاسدا فلا يحكم بانه الشرط الا اذا صح ويمكن ان يقال لا ورود لهذا السؤال فان هذا البيع وان كان بشرط الخيار للمشتري فانه يعقب الملك له بسبب خاص فيه وهو تعليق السابق عتق من يشتريه فانه يلزم ان ينزل العتق عند الشراء لانه الشرط ويستلزم سبق الملك اقتضاء ومثله لا يتصور في النكاح واورد منع كون المعلق كالمنجز لان المنجز لو لم يثبت عنده الخيار والحكم يتقدم يلغو والمعلق لا يلزم الغاؤه لان الملك يثبت بعد مضي مدة الخيار فينزل اذ ذاك ولا يلغو واجيب لما امكن ان يجري فيه ما يجري في المنجز والعتق يحتاط في اثباته وجب اعتباره اذ ذاك والا جاز ان تفسخ قبل المدة فلا يعتق بخلاف ما اذا اشترى اباه بشرط الخيار له لا يعتق الا ان بمضي المدة عند ابي حنيفة لعدم الملك فانه لم يوجد منه تكلم بالاعتاق بعد الشراء بشرط الخيار حتى يسقط خياره وانما العتق على القريب بحكم الملك ولا ملك للمشتري بالخيار والشارع انما علق عتقه في قوله من ملك ذا رحم بالملك بالشراء اما هنا فالايجاب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قائلا انت حر فينفسخ الخيار ضرورة **قوله** ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر تدبيرا مطلقا طلقت لان الشرط وهو عدم بيعه قد تحقق لوقوع اليأس عنه بفوات المحلية بالعتق والتدبير فصار كما لو حلف بطلاقها ليعدمه فمات او مات العبد فانها تطلق لوقوع اليأس واورد عليه منع وقوع اليأس في العتق مطلقا بل في العبد اما في الامة فجاز ان ترتد بعد العتق فتسبى فيملكها هذا الحالف فيبيعها وفي التدبير مطلقا لجواز ان يقضي القاضي ببيع المدبر وحينئذ

واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف رح انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به ووجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا وان نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام

باب اليمين في الحج والصلوٰة والصوم

قال ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهرق دما وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا مأثور عن علي رض ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وقد ذكرناه في المناسك ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى فلا شيء عليه لان التزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف

من المشايخ من قال لا تطلق لهذا الاحتمال والصحيح انها تطلق لان ما فرض من الامور الموهومة الوقوع فلا يعتبر ولان الحلف على بيع هذا الملك لا كل ملك واجيب ايضا عن المدبر فان بيعه بيع حق لانفساخ التدبير بالقضاء فيعتق ولا فرق بين كون العبد ذميا او مسلما ويجري اختلاف المشايخ فيه والتصحيح

قوله واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وان قال نويت غيرها صدق فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء فتطلق وهي مسئلة الجامع الصغير ولم يحك خلافا وذكر وعن ابي يوسف في شروح الجامع الصغير انها لا تطلق واختاره شمس الائمة وكثير من المشايخ لان الكلام خرج جوابا فينطبق على السوال فكانه قال كل امرأة لي غيرك طالق دلالة لان غرضه ارضاؤها وما لا ايحاشها وجه ظاهر الرواية ان اللفظ عام ولا مخصص متيقن لانه ان كان فهو غرضه ارضاؤها وجاز كون غرضه ايحاشها لاعتراضها عليه فيما احل الله له فكان محتمل الكل من الامرين فالحكم بمعين تحكم ولانه زاد على قدر الجواب اذ يكفيه ان يقول ان كنت فعلت ذلك فهي طالق فعلم انه قصد جعل مبتدأ بيمين الايلا فروع قال لي اليك حاجة اتقضيها فقال نعم وحلف على ذلك بالطلاق والعتاق فقال حاجتي ان تطلق زوجتك ثلاثا فان لا يصدقه لانه متهم ولو حلف ليطيعنه في كل ما يامره به وينهاه عنه ثم نهاه عن جماع امرأته فجامعها الحالف لا يحنث الا اذا كان ثمة ما يدل على قصده الى ذلك عند ابي حنيفة على الطاعة لان الناس لا يريدون به النهي عن جماع المرأة عادة كما لا يريدون النهي عن الاكل والشرب حلف لا يطلق امرأته فكل طلاق يضاف اليه يحنث به حتى لو وقع عليها طلاق بمضي مدة الايلاء يحنث لا بما لا يضاف اليه فلا يحنث بتفريق القاضي للعنة واللعان ولا باجازة خلع الفضولي بالفعل ويحنث لو اجازه بالقول قال امرأته طالق ثلاثا ان دخلت الدار اليوم فشهد شاهدان انه دخلها اليوم فقال عبده حر ان كانا رايا في دخلت لم يعتق عبده لقولهما رأيناه دخل حتى يشهد آخران غيرهما انهما رأياه دخل ادعت انها امرأته فحلف بطلاق زوجة اخرى له ما هي امرأته فاقامت بينة انها امرأته فقال كانت امرأتي فطلقتها قال لا يحنث حلف ماله علي شيء فشهدا ان له عليه الفا وقضى بها القاضي يحنث في قول ابي يوسف خلافا لمحمد حتى لو كان الحلف بطلاق فرق بينهما عند ابي يوسف خلافا له بخلاف ما لو شهدا انه اقرضه الفا والمسئلة بحالها لا يحنث في قولهما حلف بطلاق ولا يدري حلف بواحدة او اكثر يتحرى ويعمل بما يقع عليه التحري فان استوى ظنه ياخذ بالاكثر احتياطا قال عمرة طالق الساعة او زينب ان دخلت الدار لم يقع الطلاق على احدهما حتى تدخل الدار فاذا دخلت احدهما خير في القياس على ايهما شاء ولو اتهمت امرأة بالسرقة فامرت زوجها ان يحلف بطلاقها انها لم تسرق فحلف فقالت قد كنت سرقت فللزوج ان لا يصدقها لانها صارت متهمة حلف ان لا يجامع امرأته الف مرة فهي طالق قالوا هذا على المبالغة ولا تقدير فيه والسبعون كثير حلف لا يكلم ابن فلان وليس لفلان ابن فولد له ابن فكلمه يحنث في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولا يحنث في قول محمد والاصل انه يعتبر وجود الولد وقت اليمين عندهما يعتبر وقت التكلم والله اعلم

باب اليمين في الحج والصوم والصلوٰة قدمها بعد ما تقدم لانها عبادات فترجح في نفسها فيقتضي ذلك ان تقدم الا انه يعرض ما يوجب تقديم غيرها من كثرة الوقوع المقتضية لاهمية التقديم قوله ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة

فتطلق

ولو قال علي المشي الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح في قوله علي المشي الى الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت بالاتصال وكذا المسجد الحرام شامل على البيت فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا

وكذا علي المشي الى مكة او بكة بالباء فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما والتقييد بكونه في الكعبة مذكور في الجامع الصغير ليفيد ان وجوب احد النسكين بهذه العبارة ليس باعتبار انه مدلول اللفظ والا لعم لانه لا يلزم المشي الا ليصل اليه فاذا كان فيه استحال التسبب لحصوله والحق ان يقال ليس باعتبار انه مدلول اللفظ لان الواقع ان مدلول المشي ليس هو الحج او العمرة بل ولا يستلزمه لجواز ان يمشي الى البيت ولا يفعل نسكا اما ابتداء معصية واما بان يقصد مكانا في الحل داخل المواقيت ليس غير فاذا وصل عليه صار حكمه حكم اهله وله بعد ذلك ان يدخل مكة والبيت بلا احرام وهذا لان من الجائز ان يكون في البيت ويوجب المشي اليه مرة اخرى فيلزمه اذا خرج ان يعود كما لو كان في بيت فقال والله لادخلن هذا البيت فان عليه ان يخرج ثم يدخل مرة ثانية ولا باعتبار الحكم لذلك مجازا باعتبار انه سبب الاحرام صونا له عن اللغو لانه ليس لازما له لجواز ان يقصد به مكانا داخل المواقيت ليس غير كما ذكرنا ولا بالنظر الى الغالب وهو ان الذهاب الى هناك يكون لقصد الاحرام لما عرف من الفاظ وهي ما اذا نذر الذهاب الى مكة بان قال علي الذهاب او لله علي الذهاب الى مكة والسفر اليها او الركوب اليها او المسير او المضي انه لا يلزمه شيء مع امكان ان يحكم بذلك فيها صونا عن اللغو بل لانه تعورف ايجاب احد النسكين به فصار فيه مجازا لغويا حقيقة عرفية مثل ما لو قال علي حجة او عمرة والا فالقياس كما ذكره المص ان لا يجب بهذا شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة وهي المشي ولا مقصودة في الاصل ولو قيل بل هي واجبة فان المكي اذا قدر على المشي يلزمه الحج ماشيا اجيب بان الشرط للزوم النذر على ما قدمنا وبعد كونه من جنسه واجب ان يكون مقصودا لنفسه لا لغيره حتى لا يلزمه النذر بالوضوء لكل صلاة والمشي المذكور وكذا السعي الى الجمعة كذلك لمن لا يملك مركبا ويقدر على المشي الا انه قد يعكر عليه الطواف فانه واجب مقصود لنفسه لا شرط لغيره الا ان يراد من جنس المشي الى مكة وارد ان الاعتكاف يلزم بالنذر وليس من جنسه واجب اجيب بان شرطه الصوم ومن جنسه واجب توجيه ان ايجاب المشروط ايجاب الشرط ولا اخفاء في بعده وان وجوب الصوم فرع وجوب الاعتكاف بالنذر والكلام الآن في صحة وجوب التبرع فكيف يستدل على لزومه بلزومه ولزوم الشرط فرع المشروط وان استدل بالاجماع او النص المتقدم في حديث نذر عمر رض الاعتكاف في الجاهلية فهم لا يقولون بهذا الحديث بل يصرفونه من ظاهره لانهم والشافعي لا يصحح نذر الكافر ثم قد يقال تحقق الاجماع على لزوم الاعتكاف بالنذر يوجب اهدار اشتراط وجود واجب من جنسه واذا تعارفوه للايجاب صار كقوله علي زيارة البيت ماشيا فانه موجب لذلك ولو اراد بيت الله لبعض المساجد لم يلزمه شيء وكذا لا يلزمه بقوله علي المشي الى بيت المقدس او مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم شيء واورد انه اذا كان كقوله علي حجة او عمرة ينبغي ان لا يلزمه المشي لانه لو قال علي الحج لا يلزمه والجواب ان الحق ان التقدير علي حجة او عمرة ماشيا لان المشي لم يهدر اعتباره شرعا فانه روي عن ابن عباس رض ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي الى البيت فامرها النبي صلى الله عليه وسلم ان تركب وتهدي هديا وتهدي هديا رواه ابو داود وغيره وسنده صحيح وما في صحيح مسلم انه قال لتمش ولتركب فمحمول على ان بعض الرواة ذكر بعض المروي وعلى هذا اقتصرنا في كتاب الحج يعني ان محل الاشكال جواز ركوبها ولو اهدت كما لو نذر الصوم بصفة التتابع ليس له ان يفرق ويتصدق بل او فرق لزم استينافه فاقتصر الراوي على ذلك ليفيد دفع ذلك وعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر او محمول على حالة

ومن قال عبده حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج العام غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا

الجهد فان في بعض طرقه وانها لا تطيق ذلك ثم يعرف لزوم الهدية من الحديث الآخر وقد ذكرنا بقيته هناك ذيلا طويلا وفرد عامة وان الراجح ان يلزمه بمشي من بيته لا من حيث يحرم فيه من الميقات يعني الخلاف فيما اذا لم يحرم منه بل يلزمه المشي منه او من حيث يحرم فيه من الميقات اما لو احرم من بيته لزمه المشي عنه بالاتفاق واعلم ان في بعض طرق حديث عقبة قال ولتهد بدنة لكنهم اعلوا باطلاق الهدي في الحديث الآخر الثابت في الصحيحين واخرج الحاكم في المستدرك من حديث عمران بن الحصين قال ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة الا امرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة وقال ان من المثلة ان ينذر الرجل ان يحج ماشيا فمن نذر ان يحج ماشيا فليهد هديا وليركب وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه لكن حمل المطلق على المقيد اذا كانا في حادثة واحدة واجب فتجب البدنة ثم المصرح بذكر هذا المذهب عن علي رضي والمروي عن علي من طريق الشافعي عن ابن علية عن سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن الحسن عن علي رضي في الرجل يحلف على المشي قال يمشي فان عجز ركب واهدى بدنة ورواه عبد الرزاق عن علي بسند صحيح فيمن نذر ان يمشي الى البيت قال يمشي فاذا اعيى ركب واهدى جزورا واخرج نحوه عن ابن عمر وابن عباس وقتادة والحسن واما ورود البدنة في خصوص من حديث اخت عقبة بن عامر فاسنده ابو يعلى في مسنده ثنا زهير حدثنا احمد بن عبد الوارث ثنا همام ثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس رضي ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تحج ماشيا فسئل النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان الله عز وجل غني عن نذر اختك لتركب ولتهد بدنة واما اذا كان الناذر بمكة واراد ان يجعل الاصل الذي لزمه حجا فانه يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا الى ان يطوف طواف الزيارة كغيره وان اراد اسقاطه بعمرة فعليه ان يخرج الى الحل فيحرم منه وانما اختلفوا في انه يلزمه المشي في ذهابه الى الحل او لا يلزمه الا بعد رجوعه عنه محرما والوجه يقتضي انه يلزمه المشي لما قدمنا في الحج من انه يلزمه المشي من بلدته مع انه ليس محرما منها بل هو ذاهب الى محل الاحرام فيحرم منه اعني المواقيت في الاصح لما قدمنا عن ابي حنيفة لو ان بغداديا قال ان كلمت فلانا فعلي ان احج ماشيا فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه ان يمشي من بغداد ولو قال علي السفر الى بيت الله فقد علمت انه لا يلزمه شيء مع اخواته ومثله الشد والهرولة والسعي الى مكة وكذا علي المشي الى استار الكعبة او باب الكعبة او ميزابها او اسطوانة البيت او الصفا والمروة والى عرفات ومزدلفة لا يلزمه شيء واختلفوا فيما اذا قال لله علي المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام قال ابو حنيفة رحمه الله لا يلزمه شيء وقال صاحباه يلزمه احد النسكين والوجه في ذلك ان يحمل على انه تعورف بعد ابي حنيفة رحمه الله ايجاب النسك بها فقالا به كما تعورف بالمشي الى الكعبة ويرتفع الخلاف والا فالوجه الذي ذكر لهما مستصحبا وهو ان الحرم والمسجد الحرام يشتمل على الكعبة فذكر المشتمل ذكر للمشمول وهو الكعبة ولو صرح بقوله لله علي المشي الى الكعبة لزمه فكذا الزم المشتمل لان ايجاب اللفظ لتعارف عليه فيه وليس عين المشي الى الحرم عينه وهو وجه ابي حنيفة **قوله** ومن قال عبدي حر ان لم احج العام وقال بعد انقضائه حججت واقام العبد شاهدين على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده عند ابي حنيفة وابو يوسف ولم يذكر قول ابي يوسف مع ابي حنيفة في شرح الجامع الصغير قال صاحب المختلف وكذا لم يذكره الفقيه ابو الليث في مختصر الجامع الصغير

ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب
ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى آخر اليوم واليوم صريح في تقديره بالمدة

وقال محمد يعتق لان هذه شهادة قامت على امر مشاهد وهو التضحية وكيف لا يقبل ومن ضرورته انتفاء الحج ذلك العام فيتحقق
الشرط فيعتق ولهما انها قامت على النفي معنى لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية فان الشهادة على التضحية
غير مقبولة لان المدعى وهو العبد لا حق له فيها يطلبه لان العتق لم يعلق بها والا مطالب له لا يدخل تحت القضاء واذا بطلت
الشهادة على التضحية بقيت في الحاصل على نفي الحج مقصودا والشهادة على النفي باطلة فان قيل لا نسلم انها مطلقا
باطلة بل النفي اذا كان مما يعلم ويحيط به الشاهد صحت الشهادة عليه فانه ذكر في السير الكبير شهدا على رجل انه قال المسيح ابن الله
ولم يقل قول النصارى والرجل يقول وصلت به ذلك قبلت هذه الشهادة وبانت امرأته لاحاطة علم الشاهد بها اجاب المصنف
بقوله غاية الامر ان هذا النفي يحيط به علم الشاهد لكنه لا تمييز بين نفي ونفي في عدم القبول بان يقال النفي اذا كان كذا صحت الشهادة
به وان كان كذا لا تصح تيسيرا او دفعا للحرج اللازم في تمييز نفي من نفي واما مسئلة السير فالقبول باعتبار انها شهادة
على السكوت الذي هو امر وجودي وصار كشهود الارث اذا قالوا نشهد انه وارثه لا نعلم له وارثا غيره حيث يعطى له كل التركة
لانها شهادة على الارث والنفي في ضمنه والارث مما يدخل تحت القضاء فاما النحر وان كان وجوديا ونفي الحج في ضمنه لكنه
لا يدخل تحت القضاء كما ذكر فكانت الشهادة كعدمها في حقه فبقي النفي هو المقصود بها واما ما في المبسوط من ان الشهادة على النفي
تقبل في الشرط حتى لو قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فشهدا انه لم يدخلها قبلت ويقضى بعتقه ونحن فيه
من قبيل الشروط فاجيب عنه بانها قامت بامر ثابت معاين وهو كونه خارجا فيثبت النفي ضمنا ولا يخفى انه يرد عليه
ان العبد كما لا حق له في التضحية اذ لم تكن هي شرط العتق فلم تصح الشهادة بها كذلك لا حق له في الخروج لانه لم يجعل الشرط
بل عدم الدخول كعدم الحج في مسئلتنا فلما كان المشهود به مما هو وجودي متضمن للمدعى به من النفي المجعول شرطا قبلت الشهادة
عليه وان كان غير مدعى به لتضمنه المدعى به كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفي المدعا به فقول محمد رح اوجه

قوله ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وامسك ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط وهو الصوم الشرعي
لانه هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد تمام حقيقته وما زاد على ادنى امساك في وقته تكرار الشرط ولان بمجرد الشروع
في الفعل اذا تمت حقيقته يسمى فاعلا ولذا انزل ابراهيم عزم ذابحا حيث امر السكين في محل الذبح فقيل له قد صدقت الرؤيا
بخلاف ما اذا كانت حقيقته تتوقف على افعال مختلفة كالصلوة ولذا قال فيمن حلف لا يصلي انه قام وقرأ وركع وسجد حنث
اذا قطع فلو قطع بعد الركوع لا يحنث لانه لم يدخل في الوجود تمام حقيقتها **قوله** ولو حلف لا يصوم يوما او صوما لم يحنث بصوم
ساعة بل باتمام اليوم اما في يوما فظاهر وكذا في صوما لانه مطلق فينصرف الى الكامل وهو المعتبر شرعا فلذا قلنا لو قال لله
على صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالاجماع وكذا اذا قال على صلوة تجب ركعتان عندنا لا يقال المصدر مذكور بذكر الفعل
فلا فرق بين حلفه لا يصوم ولا يصوم صوما فينبغي ان لا يحنث في الاول الا بيوم لانا نقول الثابت في ضمن الفعل ضروري
لا يظهر اثره في غير تحقق الفعل بخلاف الصريح فانه اختياري يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال فقد اورد عليه

ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يات بجميعها لا يسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني

ما لو قال الآن من هذا اليوم وكان بعد ان اكل او بعد الزوال او قال الامراة ان لم تصلي اليوم فانت طالق فحاضت من ساعتها او بعد ما صلت ركعة صحت اليمين وطلقت في الحال مع انه مقرون بذكر اليوم ولا كمال واجيب بان اليمين تعتمد التصور والصوم بعد الزوال والاكل متصور كما في صورة الناسي وكذا الصلوة من الحائض لان درور الدم لا يمنع كما في المستحاضة الا انها لم تشرع مع درور هو حيض ففات شرط ادائه بخلاف مسئلة الكوز لان محل الفعل وهو الماء غير قائم اصلا فلا يعقد بوجه وانا ان المسئلتان انما يصلحان مبتداتين لا موردتين لان كلاما كان في المطلق وهو لفظ يوما ولفظ هذا اليوم ليس من قبيل المطلق لانه مقيد معرف والمطلقات هي النكرات وهي اسماء الاجناس والا فزيد وعمرو مطلق ولا يقول به احد والمسئلتان مشكلتان على قول ابي حنيفة ومحمد لان التصور شرعا منتف وكونه ممكنا في صورة اخرى وهي صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد فانه حيث كان في صورة الحلف مستحيلا شرعا لم يتصور الفعل المحلوف عليه لانه لم يحلف الا على الصوم والصلوة الشرعيين اما على قول ابي يوسف فظاهر انها ينعقدان ثم يحنث واعلم ان التمرتاشي ذكر انه لو حلف انه لا يصوم فهذا على الجائز لانه لتعظيم الله وذلك لا يحصل بالفاسد الا اذا كانت اليمين في الماضي وظاهره اشكل على مسئلة الكتاب فانه حنثه بعد ما قال ثم افطر من يومه لكن مسئلة الكتاب اصح لانها نص محمد في الجامع الصغير **قوله** ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع ثم قطع لم يحنث والقياس يعني على الصوم ان يحنث بالافتتاح وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن افعال مختلفة فما لم يات بها لا يسمى صلوة يعني لم يوجد تمام حقيقتها فان الحقيقة تنتفي بانتفاء الجزء بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر بالجزء الثاني ولذا قال الفقيه ابو الليث لا فرق بينهما في الحاصل لانه بعد صوم ساعة تكرر من جنس ما مضى فصار صوم ساعة كصلوة ركعة يعني لانه يجتمع فيها تمام الحقيقة ثم قال المصنف فان سجد مع ذلك يعني الركوع وما قبله ثم قطع حنث ويشكل عليه ما ذكر التمرتاشي حلف لا يصلي يقع على الجائز فلا يحنث بالفاسد الا اذا كان اليمين في الماضي اي ما صليت وكان قد صلى فاسدة لان الصلوة الماضية يراد بها الخبر عنها لا التقرب بها ويصح الخبر عن الفاسدة اللهم الا ان يراد بالفاسدة ان يكون بغير طهارة ويكون ما في الذخيرة بيانا له وهو قوله لو حلف لا يصلي فصلى صلوة فاسدة بان صلى بغير طهارة مثلا لا يحنث استحسانا لان مطلق الاسم ينصرف الى الكامل وهو ما به حصول الثواب وسقوط الفرض قال ولو نوى الفاسدة صدق ديانة وقضاء لان الفاسدة صلوة صورة واطلاق الاسم على صورته مجاز جائز فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تغليظ على نفسه لان مع هذا يحنث بالصحيحة ايضا وليس في هذا الجمع بين الحقيقة والمجاز وانما طريقه انه في الصحيح ما في الفاسدة وزيادة على شرط الحنث ولا يمنع الحنث ولو كان عقد يمينه على الماضي بان قال ان كنت صليت فهي على الجائزة والفاسدة ثم فرق بين لا اصلي وبين لا اصلي صلوة حيث يحنث بركعة فقال وفي صورة حذف المفعول المنفي فعل الصلوة لكن كون المفعول صلوة وذلك يحصل بالركعة الا انه اذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلوة ولكن بعد صحته والانتقاض انما يظهر في حكم يقبل الانتقاض والحنث بعد تحققه لا يقبل الانتقاض فظهر من كلامه هنا ان المراد من الفاسدة هي التي لم توصف منها بشيء بوصف الصحة في وقت بان يكون ابتداء الشروع غير صحيح وعليه يحمل ما اوردناه في الصوم ويرتفع الاشكال هناك ايضا وارد ان من اركان الصلوة القعدة وليست في الركعة الواحدة فيجب ان لا يحنث بها واجيب بان القعدة موجودة بعد رفع راسه من السجدة وهذا اولى مبني على توقف الحنث على الرفع منها وفيه خلاف المشائخ والحق انه

(م) حلف لا يصلي صلوة لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته فنسجته فلبسه فهو هدي عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها

يتفرع على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد في ذلك وعرفت المسئلة في سجود السهو ولا وجه ان لا يتوقف تمام حقيقة السجود بوضع بعض الوجه على الارض ثم لو سلم فليست تلك القعدة هي الركن والحق ان الاركان الحقيقية هي الخمسة والقعدة ركن زائد على ما تحرر وانما وجبت للختم فالمعتبر ركنا في حق الحنث **قوله** ولو حلف لا يصلي صلوة لم يحنث ما لم يصل ركعتين لانها الصلوة المعتبرة شرعا صلوة ركعتين للنهي عن البتيراء نهيا يمنع الصحة لو فعلت ومن فروع هذه المسئلة ما في الذخيرة قال لعبده ان صليت ركعة فانت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الاولى لانه في الصورة الاولى ما صلى ركعة لانها بتيراء بخلاف الثانية وهذه المسئلة مذكورة في نوادر ابن سماعة عن ابي يوسف فقال بعض المتاخرين تبين بهذه ان المذكور في الجامع قول محمد يعني وحده وهو غير لازم فان المذكور عن ابي يوسف حلف لا يصلي ركعة وصلى الركعة حقيقة دون مجرد الصلوة لا يتحقق الا بضم اخرى اليها والمذكور في الجامع حلف لا يصلي ولم يقل ركعة والبتيراء تصغير البتراء تانيث الابتر وهو في الاصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للناقص وفي البيع يحنث بالفاسد بخلاف النكاح والفرق غير خاف ثم اذا حلف لا يصلي صلوة فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين اختلفوا فيه والاظهر انه انعقدت يمينه على مجرد الفعل وهو اذا حلف لا يصلي صلوة يحنث قبل القعدة لما ذكرته وان عقدها على الفرض كصلوة الصبح او ركعتي الفجر ينبغي ان لا يحنث حتى يقعد **فرع** حلف لا يؤم احدا فصلى فجاء ناس واقتدوا به فقال نويت ان لا اؤم احدا صدق ديانة لا قضاء الا ان اشهد اني انما اصلي لنفسي وكذا لو صلى هذا الحالف الجمعة بالناس ونوى ان يصلي لنفسه الجمعة جازت الجمعة استحسانا لان الشرط الجماعة وقد وجدت وحنث قضاء لا ديانة وينبغي اذا ام في صلوة الجنازة ان يكون كالاول ان اشهد صدق فيهما والا ففي الديانة ولو قال ما صليت اليوم صلوة يريد في جماعة صحت نيته لانها ناقصة والمطلق ينصرف الى الكامل ولو قال ما صليت اليوم الظهر يريد في جماعة قال محمد لا تسعه النية في هذا بخلاف ما اذا صلى الظهر في السفر ثم قاله يعني ظهر مقيم وسعته فيما بينه وبين الله تعالى وفي ما اخرت صلوة عن وقتها وقد نام اختلفوا بناء على ان وقت التذكر وقتها بالحديث فيصح او لا بل يقدر الوقت الاصلي

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك قدمه على الضرب والقتل لان اللبس اكثر وقوعا منه لا يفيد خصوص الملبوس او لان شرعية اوسع من شرعية الضرب والقتل والحلي بضم الحاء وتشديد الياء جمع حلي بفتح الحاء وسكون اللام كثدي وثدي **قوله** ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك اي ثوبا من غزلك اي مغزولك فهو هدي فغزلت من قطن مملوك له وقت الحلف فلبسه فهو هدي اتفاقا ولو لم يكن في ملكه قطن او كتان او كان فلم تغزل منه بل غزلت من قطن اشتراه بعد الحلف فلبسه ففي مسئلة الكتاب فعند ابو حنيفة هو هدي وقالا ليس ان يهديه حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف اي وقت الحلف ومعنى الهدي هنا ما يتصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها فان كان نذر هدي شاة او بدنة فانما يخرجه عن العهدة ذبحه في الحرم والتصدق به هناك فلا يجزيه اهداء قيمته وقيل في اهداء قيمة الشاة روايتان فلو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره وان نذر ثوبا جاز التصدق في مكة بعينه او بقيمته ولو نذر اهداء ما لا ينقل كاهداء دار ونحوها فهو نذر بقيمتها وجه قولهما ان النذر انما ينعقد فيما هو في الملك قال صلى الله عليه وسلم

لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه ولهما ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب للملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا

لا نذر فيما لا يملك ابن آدم او مضافا الى سبب الملك مثل ان اشتريت كذا فهو هدي او فعلي ان اتصدق به ولم يوجد ذلك فان اللبس المجعول شرطا ليس سببا لملك الملبوس ولا متعلقه الذي هو غزل المرأة سبب لملكه اياه لانه يملك القطن وليس الغزل سببا لملك القطن لان غزلها يكون من قطنها ويكون من قطنه فلا يصح النذر في المشتري من القطن اذا غزل ولهما ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج لان العادة ان يشتري القطن في البيت وهي تغزله فيكون المغزول مملوكا له والمعتاد هو المراد بالالفاظ فالتعليق بغزلها هو تعليق بسبب ملكه للثوب كانه قال ان لبست ثوبا ملكه بسبب غزلك قطنه فهو هدي لا حاجة الى تقدير ملك القطن ولا الى الالتفات اليه وان كان في الواقع لا يملك المغزول بالغزل الا اذا كان القطن مملوكا له ولا فرق بين ان يملك القطن بعد ذلك او في حال الحلف ثم استوضح على ان غزلها سبب عادي لملكه المغزول بقوله ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر بالاتفاق مع ان القطن غير مذكور وما ذاك الا لكون ذكر الغزل ذكر سبب الملك في المغزول لان معنى كونه سببا كونه كلما وقع ثبت الحكم عنده وكون الغزل في العادة يكون من قطن مملوك له يستلزم كونه فلما وقع ثبت عنده ملك الزوج في المغزول وبهذا فارق مسألة التسري حيث لا يحنث فيها بالشراء بعد الحلف لان الاضافة الى التسري ليس اضافة الى سبب الملك لان الملك لا يثبت عند التسري اثرا له بل هو متقدم عليه ولهذا بطل قول من رجح قول زفر في مسألة التسري بهذا والواجب في ديارنا ان يفتي بقولهما لان المرأة لا تغزل الا من كتان نفسها او قطنها فليس الغزل سببا للملك للمغزول عادة فلا يستقيم جواب ابي حنيفة رح **فروع** تتعلق باللبس حلف لا يلبس غزلها فلبس فلما بلغ الذيل السرة تذكر فلم يدخل يده في الكمين ورجلاه بعد في اللحاف حنث حلف لا يلبس ثوبا لا يحنث بلبس القلنسوة والعمامة ومن حلف لا يلبس ولم يقل ثوبا حنث والسراويل ثوب يحنث ولو قال هذا الثوب فاتخذ منه قلنسوة حنث ولو اتزر او ارتدى حنث سوى القميص وغيره بخلاف ما البس قميصا لا يحنث اذا اتزر به او ارتدى فينعقد على اللبس المعتاد وكذا اذا حلف لا يلبس سراويل فاتزر به او تعمم لا يحنث ولو قال هذا السراويل فاتزر به او تعمم حنث ولو وضعه على عاتقه يريد حمله لا يحنث ولو حلف لا يلبس القباء او قباء فلم يعين فوضعه على كتفه ولم يدخل يديه لا يحنث وفي هذا القباء يحنث لان في المنكر يعتبر اللبس المعتاد وفي المعين الوصف لغو فلا يعتبر اللبس المعتاد بل مطلق اللبس وقال الصدر الشهيد واختار الامام الوالد الحنث في المنكر ايضا لانه يلبس ايضا كذلك ولو وضع القباء على اللحاف ونام تحته قيل لا يحنث وقيل بل يحنث لانه لو جعل القباء فوق الدثار حالة النوم يحنث والمراد بالدثار ما يلبس فوق القميص وهو الشعار ومنه قوله صلى الله عليه وسلم الانصار شعار والناس دثار وفي نوادر فلان فوضع قباءه على كتفيه يحنث لا محالة لانه لابس لكن ليس اللبس المعتاد بخلاف ما اذا ذكر لفظ القباء ولو حلف لا يلبس من الثوب فالقي عليه وهو نائم المختار لا يحنث لانه ملبس لا لابس فهو كما تقدم او حلف لا يدخل فحمل وادخل فلو انتبه فالقاه كما انتبه لا يحنث وان تركه بحيث علم انه الثوب المحلوف عليه او لا وكذا لو القي عليه وهو منتبه ولو حلف لا يلبس سراويل او خفا فادخل احدى رجليه لا يحنث ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة لا يحنث بالزيق والدرز والعروة ولو لبس من غزلها وغزل غيرها حنث اما لو قال ثوبا من غزلها لا يحنث ولو كان فيه رقعة من غزل غيرها حنث وكذا ان كان فيه صلة في كمه او دخريص او علم من غزل غيرها ولو حلف لا يلبس من غزلها فلبس خيطه منه او ما فيه سلكه منه لا يحنث ولو لبس تكة من غزلها يحنث عند ابي يوسف وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى لا يلبس ثوبا من نسج فلان فلبس ثوبا نسجه غلمانه وفلان هو المتقبل عليهم فان كان لا يعمل بيده لا يحنث والا حنث لا يلبس حريرا او ابريسما لا يحنث الا بثوب كله او لحمته منه لا ما سداه او علمه منه الا ان ينويه لا يلبس من هذا القطن ولا نية له انصرف الى الثوب المتخذ منه

ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لأنه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى أبيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وإن كان من ذهب حنث لأنه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يحنث لأنه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن وله أنه لا يتحلى به عرفا إلا مرصعا ومبنى الأيمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لأن التحلي به على الانفراد معتاد ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لأنه تبع للفراش فيعد نائما عليه وإن جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث لأن مثل الشيء لا يكون تبعا له فيقطع النسبة عن الأول ولو حلف لا يجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث لأنه لا يسمى جالسا على الأرض بخلاف ما إذا حال بينه وبين الأرض لباسه لأنه تبع له فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير حنث لأنه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما إذا جعل فوقه سريرا آخر لأنه مثل الأول فقطع النسبة عنه

فلو حشي به ثوبا وهو المضرب لا يحنث وكذا لا يلبس من غزل فلانة ولا نية له هو على الثوب وإن نوى عين الغزل لا يحنث بلبس الثوب ولا يلبس عين الغزل لا يلبس من ثياب فلان وفلان يبيع الثياب فاشترى منه ولبس يحنث لا يلبس كتانا فلبس ثوبا فيه كتان وغيره حنث لا يكسو فلانا فكساه قلنسوة أو خفين أو جوربين أو أرسل إليه ثوبا فلبسه حنث إلا أن ينوي كسوته بيده ولو أعطاه دراهم فاشترى بها ثوبا فلبسه لا يحنث **قوله** ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث عندنا وعند الأئمة الثلاثة يحنث لنا أنه ليس بحلي عرفا ولا شرعا بدليل أنه أبيح للرجال مع منعهم من التحلي بالذهب والفضة وإنما أبيح لهم لقصد التختم لا للزينة فلم يكن حليا كاملا في حقهم وإن كانت الزينة لازم وجوده لكنها لم تقصد به فكان عدما خصوصا في العرف التي هي مبنى الأيمان قال المشائخ هذا إذا لم يكن على هيئة خاتم النساء بأن كان له فص فإن كان حنث لأنه لبس النساء وإنما يراد به الزينة لا التختم فيكمل معنى التحلي به وصار كلبسه سوارا أو خلخالا أو قلادة أو قرطا أو دملوجا حيث يحنث بذلك كله ولو من الفضة وقيل لا يحنث بخاتم الفضة مطلقا وإن كان مما يلبسه النساء وليس بجيد لأن العرف في خاتم الفضة نفي كونه حليا وإن كان زينة ولو كان الخاتم من ذهب حنث مطلقا بفص وبلا فص اتفاقا **قوله** ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند أبي حنيفة وقالا يحنث وعلى هذا الخلاف عقد زبرجد أو زمرد أو ياقوت وبقولهما قالت الأئمة الثلاثة وجه قولهما أنه حلي حقيقة فإنه يتزين به وسمي به في القرآن قال تعالى وتستخرجوا منه حلية تلبسونها والمستخرج من البحر هو اللؤلؤ والمرجان وله أنه لا يتحلى به في العادة وهو المراد بقوله عرفا إلا مرصعا بذهب أو فضة ومبنى الأيمان على العرف لا على استعمال القرآن فينصرف إلى المرصع فلا يحنث بغيره قال بعض المشائخ قياس قوله أنه لا بأس أن يلبس الغلمان والرجال اللؤلؤ وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ففي زمانه كان لا يتحلى به إلا مرصعا وفي عرفنا يتحلون بالساذج ويفتى بقولهما لأن العرف القائم أنه يتحلى به ساذجا كما يتحلى به مرصعا **قوله** ومن حلف لا ينام على فراش أي فراش معين فإنه قال في غير هذا الكتاب على هذا الفراش وبدليل قوله وإن جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث ولو كان نكرة بأن حلف لا ينام على فراش حنث بوضع الفراش على الفراش لأنه نام على فراش نكرة ثم إذا نام عليه وفوقه قرام حنث لأن القرام تبع للفراش لأنه ساتر رقيق يجعل فوقه كالتي تسمى في عرفنا الملاءة أي الملاءة المجعولة فوق الطراحة وإذا كان تبعا لم يتغير وصار نائما على نفس الفراش بخلاف ما إذا جعل فوقها فراشا آخر فإنه لا يحنث إذا نام على الأعلى لأنه مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فتنقطع النسبة إلى الأسفل وروي عن أبي يوسف رواية غير ظاهرة عنه أنه يحنث لأنه يسمى نائما على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصر أحدهما تبعا للآخر وحاصله أن كون الشيء ليس تبعا لمثله مسلم ولا يضرنا فيه في الفراشين بل كله أصل بنفسه ويتحقق الحنث بتعارف قولنا نام على فراشين وإن كان لم يباشر إلا الأعلى **قوله** ولو حلف لا يجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث لأنه لا يسمى جالسا على الأرض عرفا فاعتبر العرف كأن البساط والأرض والحصير أصلا ولهذا يقال اجلس على البساط لا تجلس على الحصير وتارة اجلس على الحصير لا تجلس على الأرض فيجعل الجالس على أحدهما غير جالس على الأرض بخلاف ما لو جلس على ذيله حيث يعد جالسا على الأرض ويقال جلس فلان على الأرض فيحنث وسره أنه حيث كان اللباس تبعا له كان بمنزلة نفسه فلا يعتبر حائلا بل كأنه جلس بنفسه على الأرض نعم لو خلع ثوبه فبسطه وجلس لا يحنث لارتفاع التبعية ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير أو فراش حنث لأنه يعد جالسا عليه والجلوس

باب اليمين في القتل والضرب وغيره

ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر توضع فيه الحيوة في قول العامة

على السرير في العادة وكذلك اي على الفرش عليه يقال جلس الامير على السرير ولا شك ان فوقه من انواع الفراش بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه اي الآخر الا على مثل الاول الاسفل فلم يجعل تابعا له في العرف وهذا بالاتفاق وفرق ابو يوسف على تلك الرواية حيث في الفراش بانه فانه يقال نام على فراشين ولا يقال جلس على سريرين وان كان احدهما فوق الآخر بل يقال جلس على سرير فوق سرير وهكذا الحكم في هذا الدكان وهذا السطح اذا حلف لا يجلس على احدهما فبسط عليه وجلس حنث ولو بنى دكانا فوق الدكان او سطحا على السطح اذا حلف لا يجلس على احدهما انقطعت النسبة على الاسفل فلا يحنث بالجلوس على الاعلى ولذا كرهت الصلوة على سطح الكنيف والاصطبل ولو بنى على ذلك سطحا آخر فصلى عليه لا يكره قال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع وفي كافي الحاكم حلف لا يمشي على الارض فمشى عليها بنعل او خف حنث وان حلف على بساط لم يحنث وان مشى على احجار حنث لانها من الارض

باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك من الغسل والكسوة **قوله** ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحيوة حتى اذا مات فضربه لا يحنث لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن او استعمال آلة التاديب في محل قابل للتاديب والايلام والادب لا يتحقق في الميت لانه لا يحس ولذا كان الحق ان الميت المعذب في قبره توضع فيه الحيوة بقدر ما يحس الالم والبنية ليست بشرط عند اهل السنة حتى لو كان متفرق الاجزاء بحيث لا تتميز الاجزاء بل هي مختلطة بالتراب فعذب جعلت الحيوة في تلك الاجزاء التي لا ياخذها البصر وان الله على ذلك لقدير والخلاف فيه انما كان بناء على انكار عذاب القبر لكن والا فلا يتصور من عاقل القول بالعذاب مع عدم الاحساس وقد اورد على اخذ الايلام في تعريف الضرب قوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد ضرب بالضغث وهي حزمة من ريحان ونحوه ولا ايلام فيه واجيب او لا بمنع عدم الالم في ضرب ايوب بجزم بالكلية وقد روي عن ابن عباس انه قبضة من الشجر وان سلم فمخصوص بايوب ورفع بانه تمسك به في كتاب الحيل في جواز الحيلة فلم يعتبره وفي الكشاف هذه الرخصة باقية والحق بان البر يضرب بالضغث بلا الم اصلا خصوصية لزوجة ايوب عليه السلام ولاينافي ذلك بقاء شرعية الحيلة في الجملة حتى قلنا اذا حلف ليضربن مائة سوط فجمع مائة سوط وضربه مرة لا يحنث لكن بشرط ان يصيب بدنه كل سوط منها وذلك اما ان يكون باطرافها قائمة او باعراضها مبسوطة والايلام شرط فيه اما عدمه بالكلية فلا ولو ضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين مرة يبر لو ضربه مائة سوط وخفف بحيث لم يتالم به لا يبر لانه ضرب صورة لا معنى ولا بد من معناه ولا يبر الا بان يتالم حتى ان من المشائخ من شرط فيما اذا جمع بين رؤس الاعواد وضرب بها كون كل عود بحال لو ضرب منفردا به لاوجع المضروب وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال والفتوى على قول عامة المشائخ وهو انه لا بد من الالم **فروع** لاضربنك حتى اقتلك هو الضرب الشديد ومثله حتى اتركك لا حي ولا ميت وحتى تستغيث فهو على وجود ذلك وكذا حتى تبول وعندي ايضا على الضرب الشديد لاضربنك بالسيف حتى تموت ولاضربن ولدك على الارض حتى ينشق نصفين فهو على ان تضرب به الارض وتركه فقط وخلاف هذا ليس بصحيح حلف ليضربنه بالسيف حنث بضربه بغلافه وهو فيه وكذا بالسوط ملفوفا بخرقة وضربه حنث ليضربنه بنصل هذا السكين او بزج هذا الرمح فنزعه وركب غيره وضربه لم يحنث ولو قال ان لقيتك فلم اضربك فعبدي حر فراه على سطح او بعيد بحيث لا يتصل اليه ولا يقدر على ضربه لا يحنث قال محمد اذا كان بينه وبين فلان قدر ميل لو اكثر ولم يلقه حلف لا يضرب امراته فضرب

وكسوتك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس وكذا الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات يحنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا

اسمه عليه فاصاب ضربة المرأة بغير قصد حنث لانه به يحنث لا يحنث لان الحبس تعذيب قاصر فلا يدخل تحت المطلق قوله وكذا الكسوة اذا حلف ليكسونه فالقى عليه ثوبا بعد موته لا يحنث وتقتصر الكسوة على الحياة لاعتبار التمليك في مفهومها وكذا لو قال كسوتك هذا كان هبة وقد جعلها الله سبحانه احدى خصال الكفارة والمعتبر فيها فيما سوى الاطعام التمليك والميت ليس اهلا للتمليك لينصرف التمليك وقال الفقيه ابو الليث لو كانت يمينه بالفارسية ينبغي ان لا يحنث لان هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس دون التمليك الا ان ينوي به الستر استثناء من قوله فهو على الحياة التي تضمنه التشبيه في قوله وكذلك الكسوة وح يحنث لان الستر يتحقق في حق الميت كما في الحي فتنعقد يمينه على حالتي الموت والحيوة وذكر ضميره وهو الكسوة على تاويل قوله كسوتك وقيل على تاويل الاكساء ولا وجود له في اللغة قوله قال وكذلك الكلام يعني اذا حلف لا يكلمه اقتصر على الحيوة فلو كلمه بعد موته لا يحنث لان المقصود منه الافهام والموت ينافيه لانه لا يسمع ولا يفهم واورد انه عم قال لاهل القليب قليب بدر هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقال عمر اتكلم الموتى يا رسول الله فقال عم والذي نفسي بيده ما انتم باسمع من هؤلاء او منهم واجيب بانه غير ثابت يعني من جهة المعنى والا فهو في الصحيح وذلك بسبب ان عائشة ردته بقوله تعالى وما انت بمسمع من في القبور فانك لا تسمع الموتى وبانه انما قال على وجه الموعظة للاحياء لا لافهام الموتى كما روي عن علي رض انه قال السلام عليكم دار قوم مؤمنين اما نساؤكم فنكحت واما اموالكم فقسمت واما دوركم فقد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وبانه مخصوص باولئك تضعيفا للحسرة عليهم لكن بقي انه روي عنه عم ان الميت ليسمع خفق نعالهم اذا انصرفوا ولينظر في كتاب الجنائز من هذا الشرح قال والدخول يعني اذا حلف لا يدخل على فلان ليقيد بالحيوة فلو دخل عليه ميتا لا يحنث لان المراد من الدخول عليه زيارته او خدمته حتى لا يقال دخل على حائط ولا على دابة والزيارة للميت ليس حقيقة بل انما المزور قبره ولهذا قال عم كنت نهيتكم عن زيارة القبور الا فزوروها فلم يقل عن زيارة الموتى قال ولو قال ان غسلتك فعبدي حر انعقد على الحيوة والموت لان الغسل الاسالة والمعنى المراد به التطهير بازالة الوسخ والكل يتحقق في حالة الموت كالحيوة وفي شرح الطحاوي الا الاصل ان كل فعل يلذ ويولم ويغم ويسر يقع على الحيوة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه انتهى ومثله التقبيل اذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث وتقبيله عم عثمان بن مظعون بعد ما ادرج في الكفن محمول على انه اقرب من الشفقة او التعظيم وقيل اذا انعقد على تقبيل ملتح يحنث او على امرأة لا يحنث وهو على الوجه ولو حلف لا يغسل او لا يوضئه او لا يحمله او لا يمسه او لا يلبسه فهو على الحيوة والموت قوله ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث وكذا لو رماها او قرصها وعن بعض المشايخ ينبغي ان لا يحنث بذلك لانه لا يتعارف ضربا واجيب بما علل به في الكتاب وهو ان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل به وهذه الاشياء كذلك وفي المنتقى حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه فاصاب وجهه او رماه بحجر او نشابة فاصابه لا يحنث واستشكل يمين الضرب بانها اما ان تعلق بصورة الضرب عرفا فهو ايقاع آلة التاديب في محل قابل له فيجب ان لا يحنث بالخنق ومد الشعر والعض لانه لا يتعارف ضربا او بمعناه وهو الايلام فيجب ان يحنث بالرمي بالحجر ونحوها فيحنث بالضرب مع الايلام ممازحة لكنه لا يحنث وهذا اشكال وارد وقال من ان شرط الحنث حصول المحلوف عليه وهو الضرب لفظا او عرفا مثاله حلف لا يبيع كذا بعشرة فباعه بتسعة لا يحنث لانه وان وجد شرطه معنى لكن لم يوجد شرط الحنث لفظا لان المقصود ان لا يبيع بعشرة ولو باعه باحد عشر لا يحنث ايضا لانه وان وجد شرط الحنث لفظا الا انه باعه باحد عشر فقد باعه بعشرة المقصود

ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادى وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه ولا يتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح

باب اليمين فى تقاضى الدراهم

قال ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما فى الصرف والسلم

لم يوجد عرفا فلا يحنث غير واقع لتقليل تامل ثم قال فخر الاسلام وغيره هذا يعنى الحنث اذا كان فى الغضب اما اذا فعل فى الممازحة ولا يحنث فلو اوما لكن لا على قصد الا دماء بل وقع لخطا فى الممازحة باليد وعن الفقيه ابى الليث انه قال هذا اذا كانت بالعربية اما اذا كانت بالفارسية لا يحنث بمد الشعر والخنق والعض والحق ان هذا هو الذى تقتضيه النظر فى العربية ايضا الا انه خلاف المذهب

قوله ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت والحالف عالم بموته حنث لانه لما علم بموته قبل حلفه والقتل ازالة الحيوة بسبب عادى مخصوص انصرف عقد يمينه على ازالة اعادة حيوة يحدثها الله تع فيه وذلك متصور فينعقد بالاتفاق ثم يحنث فى الحال للعجز الحالى المستمر عادة وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه لا محالة على ازالة الحيوة القائمة فيه ولا يتصور ازالة القائمة ولا حيوة قائمة فكان قياس مسئلة الكوز على الاختلاف السابق بين ابى يوسف وبينهما فعنده ينعقد ويحنث فعليه الكفارة وعند ابى حنيفة ومحمد رح لا كفارة لانه لا حنث اذ لا انعقاد

قوله وليس فى تلك المسئلة اى مسئلة الكوز تفصيل بين العلم وعدمه بل الحكم انه لا يحنث عندهما سواء علم ان فيه ماء وقت الحلف او لم يعلم

قوله هو الصحيح احتراز عما ذكر فى شرح الطحاوى حيث قال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لا ماء فيه فحلف فقال ان لم اشرب الماء الذى فى هذا الكوز فامرأته طالق فانه يحنث بالاتفاق وعن ابى حنيفة رواية اخرى لا يحنث علم او لم يعلم وهو قول زفر ووجهه انه لو كان يعلم ان لا ماء فى هذا الكوز فحلف ينبغى ان تنعقد يمينه عندهما على ما يحدثه الله تع فى الكوز وهو متصور ثم العجز الحالى المستمر يوجب حنثه بخلاف ما اذا لم يعلم ان فى الكوز ماء لان يمينه انعقدت على ما فى الكوز ولو اوجد الله فيه كان غير المحلوف عليه فلا يتصور شرب المحلوف عليه والله تعالى اعلم بالصواب

باب اليمين فى تقاضى الدراهم التقاضى المطالبة وهو سبب للقضاء وهى مسائل الباب فترجم الباب بما هو سبب مسئلة وخص الدراهم بالذكر لانها اكثر دورا فى المعاملات **قوله** ومن حلف ليقضين دينه الى قريب او عاجلا فهو ما دون الشهر فان آخره الى الشهر حنث وان قال الى بعيد او اجلا فهو على اكثر من شهر وعلى الشهر ايضا ولكنه قصد الطباق بين قوله ما دون الشهر وما فوقه فلا يحنث الا بالموت اذا مات لشهر فصاعدا من حين حلف سنة او اكثر بلا غاية محدودة الا الموت فان مات لاقل منه لا حنث عليه على مقتضى ما ذكروا وقال الشافعى واحمد ليس فى يمين القريب والبعيد تقدير لانه اضافى فكل مدة قريبة بالنسبة الى ما بعدها وبعيدة بالنسبة الى ما دونها ومدة الدنيا كلها قريبة باعتبار وبعيدة باعتبار آخر وانما يحكم بحنثه اذا مات قبل ان يقضيه وجعلنا نحن اوجهان من الاعتبار اعتبار الاضافة ولا ضبط فيها كما ذكرت واعتبار العرف وعليه مبنى الايمان والعرف يعد الشهر بعيدا فانه يقال ما رايتك منذ شهر عند استبعاده الغيبة فعند الاطلاق وعدم النية يعتبر ذلك فاما اذا نوى بقوله الى قريب والى بعيد مدة معينة فهو على ما نوى حتى لو نوى بقوله الى قريب او عاجلا سنة او اكثر صحت وكذا الى آخر الدنيا لانها قريبة بالنسبة الى الآخرة وتقدمت فروع فيما لو حلف ليقضينه حينا او عند الهلال ونحوها

قوله ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه فيه ثم وجد فلان بعضها اى بعض الدراهم زيوفا وهى المغشوشة غشا قليلا يجوزه التجار بها وانما يرد بيت المال او نبهرجة وغشها اكثر من الزيوف يرده من التجار المستقصى ويقبله السهل منهم او مستحقة لم يحنث بذلك سواء رده او لا فى ذلك اليوم او لا لان الزيوف عيب وكذا النبهرجة ولفظ الزيافة المذكورة فى الكتاب غير عربى بل هو من استعمال الفقهاء والعيب لا يعدم الجنس اى جنس الدراهم ولهذا اى ولكون وصف الزيافة لا يعدم اسم الدراهم

وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكانه شرط القبض ليتقرر به وان وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين

لو تجوز بها في الصرف اي لو جعلت بدلا في الصرف بالجياد او جعلت راس مال السلم صح مع ان الافتراق عن غير قبض مفسد لهما فعرف انه لم يفت عنها جنس الدراهم فيبر في اليمين بها سواء حلف على القبض او الدفع وكذا قبض الدراهم المستحقة صحيح ولذا لو اجازها المالك قبضها جاز واذا برئ بدفع هذه المسماة الثلاثة فلو رد الزيوف والنبهرجة او استردت المستحقة لا يرتفع البر لان القبض فانما ينتقض في حق حكم يقبل الانتقاض ومثله لو دفع المكاتب هذه الانواع عتق فردها مولى المكاتب بسبب انها زيوف او نبهرجة او مستحقة لا يرتفع العتق ولو كانت رصاصا او ستوقة حنث اذا انقضى اليوم ولم يرد بدلها دراهم والستوقة المغشوشة غشا زائدا وهو تعريب سه توقه اي ثلاث طبقات طبقتا الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه لانها ليست من جنس الدراهم حتى لا تجوز بها في الصرف والسلم ولا يعتق المكاتب باداءها فلو ردها المولى ظهر عدم عتق العبد **قوله** وان باعه اي باع الحالف المديون رب الدين الذي حلف ليقضينه اليوم دينه في اليوم المحلوف على قضائه فيه عبدا وقبضه رب الدين بر المديون في يمينه لان قضاء الدين لو وقع بالدراهم كان بطريق المقاصة وهو ان يثبت في ذمة القابض وهو الدائن مضمونا عليه لان قبضه لنفسه تملكا وللدائن مثله على المقبض فيلتقيان قصاصا فكذا هنا بها اذ لا فرق بين الدراهم وغيرها مما يقاص بها فيبر في يمينه باعطاء العبد قصاصا وهو ان يثبت له في ذمته ثمن العبد وله في ذمته مثله فيلتقيان قصاصا ثم البر وقضاء الذي يحصل بمجرد البيع قبض الدائن العبد او لا حتى لو هلك المبيع في يد المديون الحالف قبل قبض المشتري المبيع انفسخ البيع وعاد الدين ولا ينتقض البر في اليمين وانما نص عليه محمد تاكيدا للبيع ليتقرر الدين على رب الدين لان الثمن وان وجب بالبيع لكنه على شرف السقوط لجواز ان يهلك المبيع قبل القبض ولو كان البيع فاسدا فقبضه فان كانت قيمته تفي بالدين بر والا حنث لانه مضمون بالقيمة هذا اذا حلف المديون وكذا لو حلف رب الدين فقال ان لم اقبض مالي عليك اليوم او ان لم استوف قال محمد فان وهبها لم يبر يعني اذا وهب رب الدين الدراهم الدين في اليوم قبل انقضائه فقبل لم يبر المديون لان شرط البر القضاء ولم يوجد لعدم المقاصة ولان القضاء فعل المديون والهبة فعل الدائن بالابراء فلا يكون فعل هذا الآخر قال في الفوائد الظهيرية واذا لم يبر لم يحنث ايضا عندهما لفوات المحلوف عليه يعني تعذر المحلوف عليه وهو القضاء قبل انقضاء اليوم وتقدم في مسئلة الكوز ان بقاء التصور شرط لبقاء اليمين في اليمين المؤقتة وهذه كذلك اذ الكلام هنا في يمين موقتة وان كان في الجامع الصغير لم يذكر اليوم واعترض بعضهم عليه بانه يستلزم ارتفاع النقيضين فان البر نقيض الحنث فلا يرتفعان وهذا غلط لان النقيضين اللذين يجب صدق احدهما دائما هما في الامور الحقيقية كوجود زيد وعدمه اما في الامور الشرعية اذا تعلق قيام النقيضين بسبب شرعي فانما يثبت حكمها ما دام السبب قائما وما نحن فيه منه فان قيام اليمين سبب لثبوت احد الامرين او ما هو من الحنث او البر شرعا فاذا فرض انتفاؤه انتفى الحنث والبر كما هو قبل اليمين حيث لا بر ولا حنث وجميع ما اورد من الاستشهاد مثل قول صاحب الخلاصة لم يحنث في مسئلة الكوز وقول الكرخي في هذه المسئلة لم يحنث لا فائدة فيه لان عدم الحنث متفق عليه وانما يفيده لو قال بر ولم يحنث وكيف يتصور البر وهو بفعل المحلوف عليه ولم يفعل واعلم ان جواب هذه المسئلة اعني مسئلة الهبة مقيد بكون الحلف على يوم بعينه كما اشرنا الى ذلك اما المطلقة بان حلف ليقضين دينه فابرأه او وهبه فلا شك انه يحنث الا اتفاق لان التصور لا شرط بقاؤه في اليمين المطلقة بل في الابتداء وحين حلف كان الدين قائما فكان تصور البر ثابتا فانعقدت ثم حنث بعد

ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقا لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا ترى انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبض دينه فى وزنين ولم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لى الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفى ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناء بجميع اجزائها وكذلك لو قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء

مسائل متفرقة

واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفى وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر فى يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باى فعل فعله وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل

زمن يقدر فيه على القضاء كاليأس من البر البتة **قوله** ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث بمجرد ذلك قبض البعض بل يتوقف حنثه على قبض باقيه فاذا قبضه حنث لان الشرط اى شرط الحنث قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض المتفرق الى كل الدين حيث قال لا اقبض دينى وهو اسم لكله فلا يحنث الا بقبضه متفرقا غير انه لو كان التفرق فى مجلس واحد لتعدد الوزن لا يحنث اذا كان لم يتشاغل بين الوزنتين الا بعمل الوزن لان المجلس جامع للمتفرقات فكان الوزنات وزنة واحدة بخلاف ما اذا تشاغل بعمل آخر لانه به يختلف مجلس القبض على ما عرف ولانه قد يتعذر قبضه بوزنة واحدة لكثرته فيجعل التفريق الكائن بهذا السبب مستثنى والمسئلة فى الجامع الكبير موقتة بهذا اذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبده حر ان اخذتها منك اليوم درهما دون درهم فاخذ منها خمسة ولم يأخذ ما بقى حتى غابت الشمس لم يحنث لان شرط حنثه اخذ كل المائة على التفريق ولو قال ان اخذت منها اليوم درهما دون درهم فاخذ خمسة ولم يأخذ ما بقى حتى غابت الشمس حنث لان شرط الحنث اخذ بعض المائة متفرقا لان كلمة من للتبعيض وقد وجد **قوله** ومن قال ان كان لى الا مائة فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفى ما زاد على المائة فيصدق على الخمسين اذ يصدق ان الخمسين ليس زائدا على المائة واما بالنظر الى اللفظ فلا يصح الا على جعل المستثنى مسكوتا عن حكمه فان معنى اللفظ ليس لى مال الا مائة فالمائة مخرجة من نفى المال فاذا قلنا ان المستثنى مسكوت فيكون المائة غير محكوم عليها بانها فى ملكه غير متعرض لها باثبات بوجه من الوجوه وعلى هذا طائفة من المشايخ واما على جعله مثبتا بطريق الاشارة كما هو قول طائفة اخرى او على ان الاستثناء من النفى اثبات وهو مختارنا وصرح به المصنف فقال الاستثناء من النفى اثبات فى هذا الكتاب فيحنث لفظا لانه حلف على ان له مائة واما قول المص ولان استثناء المائة استثناء بجميع اجزائها فظاهره انه وجه مقابل للقول لان المقصود منه عرفا وهو ان يكون مدلوله ومعلوم ان اخراجها ليس الا من النفى وحاصله اخراج جميع اجزاء المائة من عدم الملك فلو صح كان الحلف على نفى خمسين من ملكه فكان يحنث فليس المعول عليه الا وجه العرف بخلاف ما لو ادعى انه اعطى زيدا مائة مثلا فقال زيد لم يعطنى الا خمسين فقال ان كنت اعطيته الا مائة فانه يحنث بالاقل وكذا اذا اختلف فى قدر الدين فقال لى عليه مائة وقال الآخر خمسون فقال ان كان لى عليه الا مائة فهذا النفى للنقصان لانه قصد بيمينه الرد على المنكر وفى الجامع الصغير عبده حر ان كنت املك الا خمسين فملك عشرة لم يحنث لانها بعض المستثنى ولو ملك زيادة على الخمسين ان كان من جنس مال الزكوة حنث والا لا الا ترى انه لو قال مالى صدقة ينصرف الى مال الزكوة او حلف ماله مال لا يحنث الا بمال الزكوة وفى خزانة الاكمل لو قال امرأته طالق ان كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث والمسئلة تأتى ان شاء الله تعالى

مسائل منثورة اى هذه مسائل شذت فتكون الاشارة الى حاضر فى الذهن او تأخر وضع الترجمة عن وضع المسائل ويكون الاشارة على ظاهرها والظاهر الاول لان المعتاد تقدم الترجمة فان من عادة المصنفين ان يذكروا ما شذ من الابواب فى الترجمة دخولا **قوله** واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل فعم الامتناع فى جميع الاوقات المستقبلة ضرورة عموم النفى للفعل المتضمن للمصدر النكرة فلو وجد مرة لم يكن النفى فى جميع الاوقات ثابتا وان حلف ليفعلن كذا بر بالفعل مرة واحدة لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باى فعل فعله سواء كان مكرها فيه او ناسيا او صيا او وكيلا عن غيره واذا لم يفعل لا يحكم بوقوع الحنث حتى يقع اليأس عن الفعل وذلك بموت الحالف قبل الفعل فيجب عليه ان يوصى بالكفارة

واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته خاصة لان المقصود منه دفع شره او شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل فقد بر في يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع

او يفوت محل الفعل كما لو حلف ليضربن زيدا او ليأكلن هذا الرغيف فمات زيد واكل الرغيف قبل اكله فيحنث هذا اذا كانت اليمين مطلقة كما ذكرنا فلو كانت مقيدة مثل لآكلنه في هذا اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضي الوقت عندهما على سلف في مسئلة الكوز خلافا لابي يوسف ولو اكل الرغيف قبل مضي اليوم سقطت اليمين عندهما على ما عرف ولو مات الحالف قبل مضيه لا حنث عليه ولا كفارة ولو جن الحالف في يومه حنث عندنا خلافا لاحمد **قوله** واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل المدينة وهو بالدال والعين المهملتين كل مفسد وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد ومنه دعر العود يدعر بكسر العين في الماضي وفتحها في المضارع اذا فسد فهو على حال ولايته خاصة ولو عزل لا يلزمه اخباره بعد ذلك وهو قول الشافعي ورواية عن احمد وهذا التخصيص في الزمان ثبت بدلالة الحال وهو العلم بان المقصود من هذا الاستحلاف زجره بما يدفع شره او شر غيره بزجره لانه اذا زجر داعرا انزجر داعر آخر كما قال والحكم في القصاص حيوة وهذا لا يتحقق الا في حال ولايته لانها حال قدرته على ذلك فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية فاذا سقطت اليمين لا تعود ولو عاد الى الولاية وعن ابي يوسف انه يجب عليه اعلامه بعد العزل ايضا وهو قول الشافعي ورواية عن احمد لانه مفيد لاحتمال ان يعاد فيزجره لتقدم معرفته بحاله وهذا بعيد وفي شرح الكنز ثم ان الحالف لو علم بالداعر ولم يعلمه به لم يحنث الا اذا مات هو او المستحلف او عزل لانه لا يحنث في اليمين المطلقة الا باليأس الا اذا كانت موقتة فيحنث بمضي الوقت مع الامكان انتهى ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيدا نظرا الى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره فالداعي يوجب التقييد اي بالفور اي فور علمه به وعلى هذا لو حلف رب الدين غريمه او الكفيل ان لا يخرج عن البلد الا باذنه يتقيد بحال قيام الدين والكفالة لان الاذن انما يصح ممن له ولاية المنع وكذا لا تخرج امرأته الا باذنه تقيد بقيام الزوجية فاذا زال الدين والزوجية سقطت ثم لا تعود اليمين بعودهما بخلاف ما لو حلف لا تخرج امرأته من الدار فانه لا يتقيد به اذ لم يذكر القيد فلا موجب لتقييده بهذا ان الولاية في الاذن وكذا الحال في حلفه على العبد مطلقا ومقيدا وعلى هذا لو قال ان كل امرأة اتزوجها بغير اذنك طالق فطلق امرأته طلاقا بائنا او ثلاثا ثم تزوج بغير اذنها طلقت لانه لم يتقيد يمينه ببقاء النكاح لانها انما تتقيد به لو كانت المرأة تستفيد ولاية الاذن والمنع بعقد النكاح **قوله** ومن حلف ليهبن عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه الاصل ان اسم عقد المعاوضة كالبيع والاجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بازاء الايجاب والقبول معا وفي عقود التبرعات بازاء الايجاب فقط كالهبة والصدقة والعارية والعطية والوصية والعمرى والنحلى والاقرار والهدية قال زفر هي كالبيع وفي البيع دامعه الاتفاق على انه المجموع فلذا وقع الاتفاق على انه لو قال لغيره بعتك امس هذا الثوب فلم يقبل فقال بل قبلت او اجرتك هذه الدار فلم تقبل فقال بل قبلت القول قول المشتري والمستأجر لان اقراره بالبيع يتضمن اقراره بالايجاب والقبول وقوله لم يقبل رجوع عنه وكذا على عدم الحنث اذا حلف لا يبيع فاوجب فقط وعلى الحنث اذا حلف ليبيعن اليوم فاوجب فيه فقط ووقع الخلاف في ذلك لو كان بلفظ الهبة عندنا يبر بالايجاب فقط وعنده يحنث استدل الامام زفر بقياسها بالبيع لانه اي عقد الهبة تمليك مثله حيث يتوقف تمام سببيته على القبول فلا يكون هو اي عقد الهبة بلا قبول كالايجاب في البيع ثم لا يشترط القبض في رواية عنه بل بمجرد ايجاب عن ايجاب الهبة والقبول من الآخر يبر لتمام السبب وانما القبض شرط حكمه والسبب يتم دونه كالبيع بشرط الخيار وفي رواية اخرى عنه يشترط معه القبض فلا يبر حتى يقبض الآخر لان السبب بلا حكم غير معتبر قال المص ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع اي الهبة اسم التبرع فاذا تبرع وجد المسمى فيحنث وانما يراد تمامه سببا للملك الا على ما نقل عن بعضهم ان الملك يثبت به قبل القبول

ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولأن المقصود إظهار السماحة وذلك يتم به وأما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين

إلا أن بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة بلا اختيار ونحوه من فسخ نكاح الزوجة المرقوقة لأنه لا معول ولا عمل على هذا بل لا بد من القبول لتمام العقد فكان في احتياجه إلى القبول في تمام العقد ووقوعه سببا لملك الآخر كالبيع والحاصل أن هذا إنما يتم بما هو من جهته وهو التمليك وجود هذا القدر لا يدخل في ملك الآخر وإن كان بلا بدل حتى يظهر رضاه بذلك بلفظ المفيد له وهو كالبيع في هذا القدر وحقيقة الخلاف إنما هو في تعيين مسميات شرعية الألفاظ هي لفظ البيع والهبة وأخواتها ولا سبيل إلى ذلك إلا بالنقل والاستدلال فلما كان عند إطلاق لفظ باع فلان كذا أو بعت كذا لا يفهم منه وقوع الإيجاب والقبول حكم بأن اسم البيع للمجموع ولم يقع النزاع في اسم الهبة فقال زفر هو كذلك واستدل الأصحاب بالنقل وهو ما في الصحيحين من قول ابن عباس أن الصعب بن جثامة أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمار وحش وهو بالأبواء أو بودان فرده عليه فلما رأى ما في وجهه قال إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم فقد أطلق اسم الإهداء من أحد الجانبين فقط لفرض أنه رده عليه ووجهه أن قول ابن عباس أهدى إما حكاية قول الصعب بن جثامة رضي الله عنه أهديت لك هذا أو حكاية فعل وعلى كل تقدير يفيد أن اسم الهدية يتم بمجرد فعل الواهب قبل الآخر أولا واستدل أيضا بقولنا وهبت لفلان فلم يقبل وليس شيء منها بلازم لأن نهاية ما فيه أنه صح أن يطلق لفظ الهبة والهدية على مجرد الإيجاب بقرينة لقوله فلم يقبل ونحن لا ننكر أنه يصح أن يقال عليه فقط كما يقال على المجموع وكونه ظهر في موضع أنه استعمل في مجرد الإيجاب بقرينة لا يفيد الحكم بأنه هو معناه الحقيقي الذي يجب الحكم به عليه عند عدم القرينة ألا ترى أنه لو قال بعته هذا الثوب بألف فلم يقبل لم يكن مخطئا ويكون مستعملا لاسم الكل في الجزء فلو دل صحة قول القائل وهبت فلم يقبل على أن وضع لفظ الهبة لمجرد الإيجاب دل صحة قوله بعته فلم يقبل على أن البيع لمجرد الإيجاب والإثبات وأما الاستدلال بقول الصديق لعائشة كنت نحلتك عشرين وسقا من مال الغابة وإنك لم تكوني حزتيه فسماه نحلى قبل القبض فإنما ينتقض على إحدى روايتي زفر أنه مأخوذ فيه القبض أيضا ولسنا نعممها بل المعتبر المجموع من الإيجاب والقبول والقبض شرط الحكم لا من تمام السبب مسمى اللفظ ... بل أن المقصود من الهبة إظهار السماحة وهو يتم بالإيجاب يعني فالظاهر أن الاسم بإزاء ما يتم به المقصود من العقد ولا يخفى أنه غير لازم وإلا كانت أسماء الأمور التي لها غايات أسماء لتلك الغايات وأيضا فقصد الإظهار للسماحة غير المراد ولا ينبغي حمل فعل جميع العقلاء عليه بل اللازم كون المقصود منها وصول النفع للحبيب والفقير الأجنبي وهذا أليق أن يجعل مقصود العقلاء فيجب الحمل عليه وعلى اعتباره لا يتحقق الوصول إلا بمجموع القبول والإيجاب وأقرب ما أنه اسم للتبرع كما ذكر المصنف والاستدلال عليه بأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع وإن كان تمام السبب يتوقف على شيء آخر يسم بجزء السبب إن سلم هذا وعلى هذا الخلاف القرض وعن أبي يوسف أن قبول المستقرض لا بد منه فيه لأن القرض في حكم المعاوضة فلو قال أقرضني فلان ألفا فلم أقبل لا يقبل قوله ونقل عن أبي حنيفة فيه روايتان والإبراء يشبه البيع من حيث أنه يفيد الملك باللفظ دون قبض والهبة لأنه تمليك بلا عوض ولهذا ذكر في الجامع أن في القرض والإبراء قياسا واستحسانا وقال الحلواني فيهما كالهبة قيل والأشبه أن يلحق الإبراء بالهبة ... القرض بالبيع للعوض فاعلم أن الإبراء له شبهان شبه بالإسقاط لأن الدين وصف في الذمة لا يعين إلا باعتباره فلذا لا يتوقف على القبول وشبه بالتمليكات باعتبار ماله إلى العين ... حتى جرت أحكام المال عليه في باب الزكاة ولهذا قلنا يرتد بالرد ولا يقبل التعليق لا يقبل التعليق والله أعلم خلافا لرستاق كالهبة **فرع** حلف لا يوصي بوصية فوهب في مرض الموت لا يحنث وكذا لو اشترى أباه في مرض فعتق عليه ولو حلف ليهبنه اليوم مائة درهم فوهبه مائة له على آخر وأمره بقبضها بر ولو مات الواهب قبل قبض الموهوب له لا يتمكن من قبضه لأنها صارت ملكا للورثة وفي شرح الجامع الكبير للعتابي أن الإباحة والوصية والإقرار والاستخدام

ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف

لا يشترط فيها القبول من الآخر ولو قال لعبد ان وهبك فلان مني فانت حر فوهبه منه ان كان العبد في يد الواهب لا يعتق سلمه اولا وان كان وديعة في يد الموهوب له ان بدأ الواهب فقال وهبتكه لا يعتق قبل او لم يقبل وان بدأ الموهوب له فقال هبه مني فقال وهبته منك عتق ولو حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه له اجنبي فاجاز الحالف الهبة حنث كذا رواه ابن سماعة عن محمد ولا يهب عبده لفلان فوهبه له على عوض حنث حلف لا يستدين دينا فتزوج لا يحنث ولو حلف لا يشاركه ثم شاركه بمال ابنه الصغير فالشريك هو الابن لا الاب لانه لا ربح للاب في المال وينعقد يمين نفي الشركة على ما عليه عادة الناس من الشركة في التجارة دون الاعيان فلو اشتريا عبدا لم يحنث بخلاف ما لو قال لا يكون بيني وبينه شركة في شيء حيث يحنث بخلاف ما لو ورثا شيئا لا يحنث لانه لم يشاركه مختارا انما لزمه حكما اجب او كره

قوله ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لم يحنث ويشم هو بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم في الماضي هذه هي في اللغة المشهورة الفصيحة واما شممت اشم بفتح الميم في الماضي وضمها في المضارع فقد انكرها بعض اهل اللغة وقال هو خطأ وصحح عدمه وقد نقلها الفراء وغيره وان كانت ليست فصيحة ثم يمين الشم المقصود فاذا حلف لا يشم طيبا او وجد ريحه لم يحنث ولو وصلت الرائحة الى دماغه وفي المغرب الريحان كل ما طاب ريحه من النبات وعند الفقهاء ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه وقيل في عرف اهل العراق اسم لما لا ساق له من البقول مما له رائحة مستلذة وقيل اسم لما ليس له شجرة ذكره في المبسوط لانه تعالى قال والنجم والشجر يسجدان ثم قال والحب ذو العصف والريحان لان الريحان انما يطلق على ما ينبت من بذره مما لا شجر له ولعينه رائحة مستلذة وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة انما الرائحة لزهرهما هذا والذي يجب ان يعول عليه في ديارنا اهدار ذلك كله لان الريحان متعارف لنوع فهو ريحان الحماحم واما كون الريحان الترنجي منه فيمكن ان لا يكون لانهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان ترنجي وعندنا يطلقون اسم الريحان لا يفهم منه الا الحماحم فلا يحنث الا بعين ذلك النوع

قوله ولو حلف لا يشتري بنفسجا فهو على دهنه دون ورقه فلا يحنث بورقه وذكر الكرخي انه يحنث به ايضا بعموم المجاز وهذا مبني على العرف فكان في عرف اهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن ثم صار كل يسمى به في ايام الكرخي فقال به واما عرفنا فيجب ان لا ينعقد الا على نفس النبات فلا يحنث بالدهن اصلا كما قال في الورد والحناء ان اليمين على شرائهما ينصرف الى الورق لانهما اسم للورق والعرف مقرر له بخلافه في البنفسج **فروع متفرق الاصناف** اذا حلف على الدجاج نفيا او اثباتا وكذا الجمل والابل والبعير والجزور والبقر والبغل والبغلة والشاة والغنم والحمار والخيل يتناول الذكر والانثى والتاء للوحدة قال قائلهم لما مررت بدير هند ارقني صوت الدجاج وضرب بالنواقيس فالصوت انما هو للديك وفي الحديث في خمس من الابل شاة وعن ابي يوسف البقرة لا تتناول الثور وليس بذلك والثور والكبش والديك للذكر والبرذون للعجمي والبقرة لا تتناول الجاموس للعرف حلف لا يفعل كذا ولا كذا ففعل واحدا منهما حنث وان لم يذكر حرف النفي فقال لا افعل كذا وكذا فكذلك يحنث حلف لا ياكل مما يجيء به فلان فجاء بحمص فطبخ فاكل من مرقه وفيه طعم الحمص حنث ذكره في فتاوى قاضي خان وعلى هذا يجب في مسئلة الحلف لا ياكل لحما فاكل من مرقه انه لا يحنث ان يقيد بما اذا لم يجد طعم اللحم حلف لا يشرب حراما من هذا الجنس فقاء فشرب قيئه لا يحنث قال لعبده اذا سقيت الحمار فانت حر فذهب به فسقاه فلم يشرب عتق لانه سقاه لكن لم يشرب حلف لا يشرب عصيرا فعصر عنقودا في حلقه لا يحنث ولو عصره في كفه

وهذا يسمى مانعه بانه امسكته والمرأة بنفسي حنيفة

فمساه حنث اما لو قال لا يدخل مطلقا حنث فيها وفي الفتاوى هذا في عرفهم اما في عرفنا ينبغي ان لا يكون حانثا لان ما وراء العتبة يسمى
حصيرا في اول ما العصر حلف على امرأته لا تسكن هذه الدار وهي فيها وبابها مغلق وللدار حائط فهي معذورة حتى يفتح الباب وليس لها
ان تتسور الحائط قال الفقيه وبه نأخذ قال الصدر الشهيد فرق بين هذا وبين ما لو قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق
وقيد ومنع من الخروج فلا يحنث ولو قال لامرأته وهي في بيت والدها ان لم تحضري الليلة فمنعها الوالد من الحضور متعاصيا حنث
قال الصدر الشهيد في فتاوى الفضلي وذكر بعد هذا انه لا يحنث قال والاصح انه يحنث ولا بد من الفرق بين الفعل وعدم الفعل وذلك
لان الشرع قد يجعل الموجود معدوما بالعذر كالاكراه وغيره ولا يجعل المعدوم موجودا وان وجد العذر انتهى يعني وقد اكرهت على السكنى
وهو فعل والمكره على الفعل ثم ايضاف الفعل اليه فلا يحنث فقد صرح بجواب الشيخ ابي بكر محمد بن الفضل فيمن قال ان لم اخرج من هذه
اليوم فقيد الحالف ومنع اياما انه يحنث وهو الصحيح وفي الخلاصة لو قال لامرأته ان سكنت هذه الدار فانت طالق وكان ليلا فهي
معذورة حتى تصبح ولو قال الرجل لم يكن معذورا هو الصحيح الا الخوف لص وغيره وهذا ما سلف الوعد به كل عبد لي حر فله عبد بينه
وبين غيره لا يعتق لانصرافه الى التام ومثله لا اكل مما اشتراه فاشتراه مع آخر فصار مشتركا لا يحنث لو اكل منه ولا يعتق عبد
المأذون وان كان عليه دين ولا يعتق عبد عبده المأذون عند ابي حنيفة اذا كان عبده مستغرقا كسبه ورقبته بالدين وان
نوى المولى عتقهم وان لم يكن عليهم دين ان نواه عتق والا فلا وعند ابي يوسف ان نواه عتق والا فلا كان عليه دين او لا وقال محمد عتقوا جميعا
في الاحوال كلها قال لغيره والله لتفعلن كذا ولم ينو شيئا فهو حالف فان لم يفعل المخاطب حنث وان اراد به الاستحلاف فهي استحلاف ولا شيء
على واحد منهما اذا لم يفعل ولو قال لغيره اقسمت واقسمت بالله عليك لتفعلن كذا او قال اشهد بالله او اشهد عليك او لم يقل عليك فالحالف
هو المبتدأ الا ان يكون اراد الاستفهام فلا يمين عليه ايضا ولو قال عليك عهد الله ان فعلت فقال نعم فالحالف المجيب ولا يمين
على المبتدأ وان نواه اشترى منا من اللحم فقالت امرأته هو اقل من من وحلفت عليه فقال ان لم يكن منا فانت طالق
فانه يطبخ قبل ان يوزن فلا يحنث هو ولا المرأة حلف لا يأكل من خبز ختنه فسافر الختن وحلف لامرأته دقيقا فاكل منه
حنث لانه باق على ملكه قال الامام القاضي هذا اذا لم يفرز قدرا لكن قال لها كلي من دقيقي بقدر ما يكفيك اما اذا افرز قدرا
من الدقيق واعطاها صار ملكا لها فلا يحنث قال في الخلاصة وفي الفتاوى حلف لا يأكل من مال فلان فتناهدا
فاكل الحالف لا يحنث لان كلا منهما اكل من مال نفسه في العرف وفيه نظر قال قلت للقاضي الامام لو كان احد المتناهدين
صبيا لا يجوز ولو كان كل واحد اكل مال نفسه ينبغي ان يجوز قال نعم هو استحسان لكن لم يصرح بالخلاف انتهى واقول الفرق
ان عدم الحنث لاكل كل من المتناهدين مال نفسه عرفا لا حقيقة وعلى العرف تبنى الايمان فلم يحنث وعدم جواز التناهد
مع الصبي لانه غير اكل مال نفسه حقيقة بل بعض مال الصبي ايضا وفي الخلاصة حلف لا يأكل من خبز فلان فاكل خبزا بينه وبين
فلان يحنث وقال في مجموع النوازل لا يحنث لانه اكل حصته ولو قال لا يأكل من مال فلان فمات فلان فهو وارثه فاكل ان لم يكن
انزواره سواء كان فاكل بعد القسمة لا يحنث والا حنث ولو قال رغيف فلان لا يحنث ولو حلف لا يأكل رغيفا لفلان ف

وقيل في عرفنا تقع على الورق فان حلف على الورد فاليمين على الورق

فاكل رغيفين بينه وبين غيره يحنث في مجموع النوازل وكذا دار بين اختين قال زوج احديهما ان دخلت الا في نصيبك فانت طالق وهي غير مقسومة فدخلت لا يحنث لانها ما دخلت في غير نصيبها ولو حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا بينه وبين غيره لا يحنث ولو حلف لا يزرع ارض فلان فزرع ارضا بينه وبين غيره يحنث لان نصف الارض يسمى ارضا ونصف الدار لا يسمى دارا ولو حلف لا ياكل من حب غلة لفلان فاكل من حب غلة بينه وبينه حنث ولو اشترى بدراهم مشتركة بينهما لم يحنث ولو حلف لا ياكل من طبيخ فلان فاكل مما طبخه مع غيره حنث ولو حلف لا ياكل من قدر فلان فاكل من قدر طبخها فلان لم يحنث في الاصل لو حلف لا ياكل من طعام اشتراه فلان فاكل من طعام اشتراه مع غيره حنث الا اذا نوى شراءه وحده بخلاف ما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه فلان فلبس ثوبا اشتراه فلان مع غيره لم يحنث لان الثوب اسم للكل فلا يقع على البعض ومثله لا يدخل دارا اشتراها فلان فدخل دارا اشتراها فلان مع غيره لا يحنث وفي مجموع النوازل امرأة وهبت طيرا فقال لها زوجها اگر ازين داري تو خوري فانت طالق فوهبت من آخر فاكل الحالف يحنث وقال صاحب الخلاصة وعلى قياس ما ياتي ينبغي ان لا يحنث صورتها في الفتاوى حلف لا ياكل من ثمن غزل فلانة فباعت غزلها ووهبت الثمن لابنها ثم وهبه الابن للحالف فاشترى شيئا فاكل لا يحنث قال وهذا اصح من الاول وفي الجامع الصغير لو قال ان اكلت اليوم الا رغيفا او ان تغديت برغيف فعبده حر فاكل رغيفا ثم اكل بعده تمرا او فاكهة حنث وفي فتاوى قاضي خان حلف لا ياكل اليوم الا رغيفا فاكل رغيفا مع البقل او الزيت او اللبن لا يكون حانثا لان الاستثناء يقتضي المجانسة في المعنى المطلوب وهذه الاشياء لا تجانس الرغيف في المعنى المطلوب وهو الاكل وهذا خلاف الاول ولو قال ان اكلت اليوم اكثر من رغيف فعبده حر فهو على الخبز خاصة وفي الفتاوى حلف لا ياكل هذه الخابية التي فيها الزيت فاكل بعضها حنث ولو كان مكان الاكل بيع فباع النصف لا يحنث ولو حلف لا ياكل هذه البيضة لا يحنث حتى ياكل كلها وكذا في البيضتين ولو حلف لا ياكل هذا الشيء كالرغيف مثلا فاكل بعضه قال ابو بكر الاسكاف ان كان شيئا يمكنه ان ياكله كله في عمره لا يحنث ياكل بعضه وقال بعضهم اذا اكل بعض ما لا يمكن ان ياكل كله في مجلسه يحنث في يمينه وهو الصحيح قال محمد رح كل شيء ياكله الرجل في مجلس واحد ويشربه في شربة واحدة فالحلف على جميعه لا يحنث لاكل بعضه لكن في الفتاوى للقاضي حلف لا ياكل هذا الرغيف فاكل وبقي منه شيء يسير يحنث فان نوى كله صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى وهل يصدق قضاء فيه روايتان انتهى وكان المراد ان يترك شيئا قليلا جدا بحيث لا يقال الآن فلان ما اكل جميع الرغيف لغاية التقرب والا فقد سمعت ما ذكره محمد ونص في غير موضع انه اذا حلف لا ياكل هذا الرغيف لا يحنث باكل البعض وتقدم من المنصوص لو قال هذا الرغيف علي حرام حنث باكل لقمة منه قال في فتاوى قاضي خان قال مشائخنا الصحيح انه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف علي حرام بمنزلة قوله والله لا اكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث باكل البعض قال ابراهيم سمعت ابا يوسف رح يقول فيمن قال كلما اكلت اللحم او كلما شربت الماء فلله علي ان اتصدق بدرهم فاكل فعليه في كل لقمة من اللحم

لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له في التفسير قاض عليه

وفي كل نفس من الماء درهم حلفت لا يكلم فلانا وفلانا لا يحنث حتى يكلمهما الا ان ينوي الحنث باحدهما فيحنث بواحد منهما اما لو قال لا اكلمها وقال بالفارسية باين دوكس سخن نگويم ونوى واحدا لا يصح نيته ذكره في المحيط قال وينبغي ان يصح لان المثنى يذكر ويراد الواحد فاذا نوى ذلك وفيه تغليظ على نفسه يصح انتهى فهو مقيد بما اذا كان فيه تغليظ على نفسه ولو قال فلانا او فلانا حنث باحدهما وكذا لو قال فلانا ولا فلانا وفي مجموع النوازل لا اكلم فلانا يوما ويومين وثلاثة فهذا على ستة ايام ولو قال لا اكلمه لا يوما ولا يومين ولا ثلاثة فعلى ثلاثة ايام حلفت لا يشرب من دار فلان فاكل منها شيئا قال محمد بن سلمة يحنث لان المقصود من هذا اليمين الامتناع عن جميع الماكولات وقال غيره لا يحنث في يمينه الا ان ينوي جميع الماكولات والمشروبات اما لو قال بالفارسية فلان جنك في تناول الماكول والمشروب حلفت لا يغتسل من امرأته عن الجنابة فجامعها ثم جامع اخرى او على العكس يحنث وان لم يغتسل لان اليمين انعقدت على الجماع كناية ولو نوى حقيقة الغسل حنث ايضا اذا اغتسل عنها وعن غيرها يحنث كما لو حلفت لا يتوضأ من الرعاف فتوضأ من الرعاف وغيره حنث ولو حلفت لا يحل تكته على امرأته ان اراد لا يجامع صح وهو اول وان لم يرد ه ان فتح سراويله للبول ثم جامعها لا يحنث لان فتح سراويله عليها ان يفتح لاجل جماعها وان فتحه لجماعها ولم يجامع قالوا ينبغي ان يكون حانثا لوجود شرط الحنث ولو حلف لا يحل تكته في القرية فجامع من غير حل التكة ان نوى غير حلها لا يحنث وصدق قضاء وان حلف لم ينو يحنث وعلى هذا قوله ان تغتسلت من الحرام فعانق اجنبية فانزل قالوا يرجى ان لا يكون حانثا وتكون يمينه على الجماع وعلى هذا الاصل لو حلفت لا تغتسل من جنابة زوجها فجامعها مكرهة قال الصغار ارجو ان لا يحنث قال الفقيه ابو الليث لان قوله كناية عن الجماع واذا كانت مكرهة عليه لا يحنث فلو قال لها عند ارادة الجماع لم تمكنيني او لم تدخل معي في البيت فلم تفعل ثم فعلت بعد ساعة ان كان بعد سكون شهوته حنث والا لا وفي الجامع الكبير حلف لا يجامع امرأته فجامعها فيما دون الفرج لا يحنث فان قال عنيت فيما دون الفرج يحنث بها ولو قال لامرأته ان فعلت حراما في هذه السنة فانت طالق ثلاثا فهذا على الجماع فان علمته بان فعله مباغيتها بتداخل الفرجين وتعرف انها ليست مملوكة له ولا زوجة لو شهد عندها اربعة على ذلك لانه شهادة على الزنا والزنا لا يثبت الا بذلك ولو اقر لها كفى مرة لا يسعها المقام معه بان جحد عند الحاكم انه فعل وليس لامرأته بينة حلفته عند الحاكم فان حلف وسعها المقام معه قلت فهذه المسئلة تفيد مسئلة ما اذا علمت انه طلقها ثلاثا يقينيا ثم انكر في انه لا تمكنه ابدا واذا لم تستطع منعه عنها لها ان تسممه ولو قال بالفارسية اگر تو با کسی حرام کنی فانت طالق فابانها فجامعها في العدة طلقت عندهما لانهما يعتبران عموم اللفظ وابو يوسف يعتبر الغرض فعلى قياس قوله لا يحنث فلا تطلق وعليه الفتوى ذكره في الخلاصة وغيرها ولو قال لآخر فعلته فان لم افعل قال ابو حنيفة ان لم يفعل على فوره حنث حلف لا يعرفه وهو يعلم شخصه ونسبه ولا يعرف اسمه ففي البالغ لا يحنث لان معرفة البالغ كذلك ويحنث في الصغير وعليه فرع ما لو ولد لرجل ولد فاخرجه الى جار له ولم يسمه بعد فرآه الجار ثم حلف انه لا يعرف هذا الصبي يحنث ولو تزوج امرأة ودخل بها ولا يدري اسمها فحلفت انه لا يعرفها لا يحنث وكذا لو حلف انه لا يعرف هذا الرجل وهو يعرفه بوجهه دون اسمه لا يحنث الا ان يعني به معرفة وجهه فيحنث لانه شدد على نفسه ولو حلف لا يفعل ما دام فلان في هذه البلدة فخرج ففعل ثم رجع فلان ففعله ثانيا لا يحنث حلفت لا اترك فلانا يفعل كذا كلما اراد الا من هنا

كتاب الحدود

ويدخل فيه بقوله لا تفعل لا تخرج لا تمر الطاعة او عصاه والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الحدود

لما اشتمل الايمان على بيان الكفارة وهي دائرة بين العقوبة والعبادة اولاها الحدود والتي هي عقوبات محضة اندفاعا الى بيان الاحكام بتدريج ولولا ما يعارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين العبادات المحضة لكان ايلاء الحدود الصوم اوجب لاشتماله على بيان كفارة الافطار المغلب فيها جهة العقوبة حتى تداخلت على ما عرف بخلاف كفارة الايمان المغلب فيها جهة العبادة لكن يكون الترتيب ح الصلوة ثم الايمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج فيقع من الفصل بين العبادات التي هي جنس واحد بالاجنبي ما يبعد الاخوات المتحدة في الجنس القريب ويوجب استعمال الشارع لها كذلك لكنه قال بني الاسلام على خمس شهادة ان لا اله الا الله الحديث ثم محاسن الحدود اظهر من ان تذكر لبيان تكتسب ببيان لان الفقيه وغيره يستوي في معرفة انها للامتناع عن الافعال الموجبة للفساد ففي الزنا ضياع الولد واشتباه معنى بسبب اشتباه النسب ولا يلتزم مؤن الولد مع ما فيه من تهمة الناس البراء وغيره ولذا ندب جميع الناس الى حضور حده ورجمه وفي باقي الحدود زوال العقل وافساد الاعراض واخذ اموال الناس وقبح هذه الامور مركوز في العقول ولذا لم يبح الاموال والاعراض والزنا والسكر في ملة من الملل وان ابيح الشرب حين كان فساد هذه الامور مما كانت الحدود التي هي مانعة منها حقوق الله على الخصوص فانه حق توقع على حصول ما تقيد مصالح عامة ولذا قال المصنف والمقصود من شرعيتها الانزجار عما يتضرر به العباد واجابة المشهور رد في بيان حكمة شرعيتها الزجر الا انه لما كان الزجر يراد للانزجار عدل المصنف الى قوله للانزجار الا ان قوله والطهرة ليست باصلية الى آخره اي الطهرة من ذنب بسبب الحد يشير الى انه مقصود ايضا من شرعيتها لكنه ليس مقصودا اصليا بل تبع لما هو الاصل من الانزجار وهو خلاف المذهب فان المذهب ان الحد لا يعمل في سقوط اثم سببه اصلا بل لم يشرع الا لتلك الحكمة واما ذلك فقول طائفة كثيرة من اهل العلم واستدلوا عليه بقوله صلى الله عليه وسلم فيما في البخاري وغيره ان من اصاب من هذه المعاصي شيئا فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له ومن اصاب منها شيئا فستره الله فهو الى الله ان شاء عفى عنه وان شاء عاقبه واستدل الاصحاب بقوله تعالى في قطاع الطريق ذلك اي التقتيل والصلب والنفي لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا فاخبر ان جزاءهم عقوبة دنيوية وعقوبة اخروية الا من تاب فانها تسقط عنه الاخروية بالاجماع للاجماع على ان التوبة لا تسقط الحد في الدنيا ويجب ان يحمل الحديث على ما اذا تاب في العقوبة لانه هو الظاهر لان الظاهر ان ضربه او رجمه يكون معه توبة منه لذوقه سبب فعله فتقييده جمعا بين الادلة وتقييد الظني عند معارضة القطعي له متعين بخلاف العكس وانما اراد المصنف انه لم يشرع للطهرة فان ذلك عبارة غير جيدة ولذا استدل عليه بشرعيته في حق الكافر ولا طهرة في حقه من الذنب بالحد يعني ان عقوبته بالحد لم ترتفع بمجرد الحد بل بالتوبة معه ان وجد لم تحقق في حقه لان التوبة عبادة وهو ليس من اهلها واما من يقول ان الحد بمجرده يسقط اثم ذلك السبب الخاص الذي حد به فان قال ان الحد لا يسقط عن الكافر يحتاج الى دليل سمعي في ذلك اذا لسمع انما اوجب لزوم عقوبة الكفر في حقه لا تضاعف عذاب الكفر عليه فاذا فرض ان الله سبحانه جعل الحد مسقطا العقوبة معصية صار الفاعل لها اذا حد بمنزلة ما اذا لم يفعلها فلا يصير الى عذاب الكفر عذاب تلك المعصية اذا حد بها الكافر الا ان يدل دليل سمعي على ذلك هذا واما الاستدلال على عدم كون الحد

قال الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر **قال الزنا يثبت بالبينة** والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر

مستقطا بانه يقام عليه وهو كاره فليس بشيء بجواز التكفير بما يصيب الانسان من المكاره والله اعلم ثم تحقيق العبارة ما قال بعض المشايخ انها موانع قبل الفعل زواجر بعده اي العلم بشرعيتها يمنع الاقدام على الفعل وايقاعها بعده يمنع من العود اليه

قوله الحد لغة المنع وعليه قول نابغة ذبيان ؏ الا سليمان اذ قال الاله له: قم في البرية فاحددها عن الفند وهو الخطاء في القول والفعل وغير ذلك مما يلام صاحبه عليه كذا ذكره الاعلم في شرح ديوانه وكل مانع شيء فهو حادله وحداد واذا ضبع للب اللغة منه قيل للبواب لمنعه من الدخول وللسجان حداد لمنعه من الخروج بلا شك وان كان البيت الذي استشهد به لا يفيده وهو قوله ؏ يقول لي الحداد وهو يقودني الى السجن لا تجزع فما بك من باس، فانه لا يلزم كون القائل الذي كان يقوده هو السجان لجواز ان يكون غيره ممن يوصله اليه فانه حداد له اذ يمنعه من الذهاب الى حال سبيله وللخمار حداد لمنعه الخمر في قول الاعشى ؏ فقمنا ولما يصح ديكنا الى جونة عند حدادها ويحتمل انها اصطلاح المعرف للماهية حد لمنعه من الدخول والخروج وحدود الدار نهاياتها لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها اليه وفي الشرع ما ذكر وهو العقوبة المقدرة حقا لله فلا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشايخ وهذا الاسم قد يرفع منه وهو التعزير بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من حبس وعرك اذن وغيره على ما سياتي ان شاء الله تعالى هذا الاصطلاح هو المشهور وفي اصطلاح آخر لا يوجد القيد الاخير فيسمى القصاص حدا فالحد هو العقوبة المقدرة شرعا غير ان الحد على هذا اقسام ما يصح فيه العفو وما لا يقبله وعلى الاول الحد مطلقا لا يقبل الاسقاط بعد ثبوت سببه عند الحاكم وعليه ابتنى عدم جواز الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب ولذا انكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على اسامة بن زيد حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال أتشفع في حد من حدود الله فاما قبل الوصول الى الامام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع الى الحاكم ليطلقه وممن قال به الزبير بن العوام وقال اذا بلغ الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا وهذا لان وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت والوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل على الامام عند الثبوت عنده

قوله الزنا يثبت بالبينة والاقرار ابتدأ بحد الزنا لكثرة وقوع سببه مع قطعيته عن كتاب الله تعالى بخلاف السرقة فانها لا تكثر كثرته والشرب وان كثر فليس حده بتلك القطعية والزنا مقصور في اللغة الفصحى لغة اهل الحجاز التي جاء بها القرآن قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا ويمد في لغة نجد وعليه قال الفرزدق ؏ ابا طاهر من يزن يعرف زناؤه ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا بفتح الكاف وتشديدها من التسكير والخرطوم من اسماء الخمر قال فالمراد ثبوته عند الحكام اما ثبوته في نفسه فبايجاد الانسان للفعل لانه فعل حسي وسيذكر المصنف تعريف الزنا في باب الوطي الذي يوجب الحد وهناك نتكلم عليه وخص بالبينة والاقرار لنفي ثبوته بعلم الامام وعليه جماهير العلماء وكذا سائر الحدود وقال ابو ثور ونقل قولا عن الشافعي انه يثبت به وهو القياس لان الحاصل بالبينة والاقرار دون الحاصل بمشاهدة الامام قلنا نعم لكن الشرع اهدر اعتباره بقوله تعالى فاذ لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون ونقل فيه اجماع الصحابة وقول المصنف لانها دليل ظاهر تعليل للواقع من النصوص الدالة على ثبوته بالبينة والاقرار فانها تثبت بها غير مفتقر الى هذا المعنى وحاصله لا يتعذر القطع اكتفى بالظاهر وهو في البينة وفي الاقرار لان الاقرار بسبب الحد يستلزم مضرة في البدن ومعرة في العرض وتوجب نكاية في القلب فلم يكن الاقدام عليه الا مع الصدق

قال والبينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل وامرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام للذي قذف امرأته ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولأن في اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده

وفضائح الآخرة على القول بسقوطه بالحد ان لم يتب وقصد الى تحقيق النكاية لنفسه اذ ورطته في اسباب سخط الله لينال درجة اهل العزم **قوله** فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود ليس فيهم امرأة على رجل او امرأة بالزنا ويجوز كون الزوج منهم عندنا خلافا للشافعي هو يقول هو متهم ونحن نقول التهمة ما توجب جر نفع والزوج يدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلو الفراش خصوصا اذا كان له منها اولاد صغار وانما كانت اربعا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء واما الحديث الذي ذكره المصنف وهو قوله للذي قذف امرأته بالزنا يعني هلال بن امية ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد في ظهرك فلم يحفظ على ما ذكروا والذي في البخاري انه عم قال البينة والا فحد في ظهرك نعم اخرجه ابو يعلى في مسنده ثنا مسلم بن ابي مسلم الجرمي ثنا مخلد بن الحسين عن هشام عن ابن سيرين عن انس بن مالك قال اول لعان كان في الاسلام ان شريك بن سحماء قذفه هلال بن امية بامرأته فرفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عم اربعة شهود والا فحد في ظهرك فالمسئلة وهي اشتراط الاربع قطعية مجمع عليها ثم ذكر ان حكمة اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر المندوب اليه فاقتصر عليه لنفي قول من قال ان حكمته ان شهادة الزنا متضمن الشهادة على اثنين وعلى كل واحد يحتاج الى اثنين فلزمت الاربعة اما ان فيه تحقيق معنى الستر فلان الشيء كلما كثرت شروطه قل وجوده فان وجوده اذا توقف على اربعة ليس كوجوده اذا توقف على اثنين منها فلا يتحقق بذلك الاندراء واما انه مندوب اليه فلما اخرج البخاري عن ابي هريرة عنه عم من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة والله في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه واخرج ابو داود والنسائي عن عقبة بن عامر عنه عليه السلام قال من رأى عورة فسترها كمن احيى موؤدة واذا كان الستر مندوبا اليه ينبغي ان يكون الشهادة به خلاف الاولى التي مرجعها الى كراهة التنزيه لانها في رتبة الندب في جانب الفعل وكراهة التنزيه في جانب الترك وهذا يجب ان يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به اما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة اولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من المعاصي والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين وبالزجر لهم فاذا ظهر حال الشره في الزنا مثلا والشرب وعدم المبالاة به واشاعته فاخلاء الارض المطلوب ح بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحدود بخلاف من زل مرة او مرارا مستترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد وقوله عم لهزال في ماعز لو كنت سترته بثوبك الحديث سيأتي كان في مثل من ذكرنا والله سبحانه اعلم

وإذا شهدوا سألهم الإمام عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى لأن النبي عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولأن الاحتياط في ذلك واجب لأنه عساه غير الفعل في الفرج عناه أو زنى في دار الحرب أو في المتقادم من الزمان أو كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء

وعلى هذا ذكره في غير مجلس القاضي وأداء الشهادة يكون بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها وأما أن المختار في الحكم ما ذكره المص فلأن شهادة الاثنين كما تكون معتبرة على فعل واحد تكون معتبرة على أفعال كثيرة كما لو شهدا أن هؤلاء الجماعة قتلوا فلانا ونحوه فالمعول عليه ما ذكره المص قوله وإذا شهدوا بالزنا سألهم الحاكم عن خمسة أشياء عن الزنا ما هو وكيفيته وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى ثم استدل المص على وجوب هذه الأشياء بأنه صلى الله عليه وسلم استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولأن الاحتياط مطلوب شرعا في ذلك وهذا الوجه يعم الخمس والسمعي يقتصر على اثنين منها فحاصله الاستدلال على اثنين منها بدليلين وعلى الثلاثة الباقية بدليل واحد فإن قيل الكلام في استفسار الشهود فكيف يستدل عليه باستفسار المقر وهو ماعز فالجواب أن علة استفساره بعينها ثابتة في الشهود كما ستقع فوجب استفسارهم أما أنه استفسره عن الكيفية ففيما أخرج أبو داود والنسائي وعبد الرزاق في مصنفه عن أبي هريرة قال جاء الأسلمي نبي الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه أنه أصاب امرأة حراما أربع مرات كل ذلك يعرض عنه فأقبل في الخامسة فقال أنكتها قال نعم حتى غاب ذلك منك في ذلك منها قال نعم قال كما يغيب المرود في المكحلة والرشاء في البئر قال نعم قال فهل تدري ما الزنا قال نعم أتيت منها حراما مثل ما يأتي الرجل من امرأته حلالا قال فما تريد بهذا القول قال أريد أن تطهرني فأمر به فرجم فسمع النبي صلى الله عليه وسلم رجلين من أصحابه يقول أحدهما لصاحبه انظر إلى هذا الذي ستر الله عليه فلم تدعه نفسه حتى رجم رجم الكلب فسكت عنهما ثم سار ساعة حتى مر بجيفة حمار شائل برجليه فقال أين فلان وفلان فقالا نحن ذان يا رسول الله فقال انزلا فكلا من جيفة هذا الحمار فقالا ومن يأكل من هذا يا رسول الله قال فما نلتما من عرض أخيكما آنفا أشد من أكل منه والذي نفسي بيده إنه الآن لفي أنهار الجنة ينغمس فيها وأما استفساره عن المزنية ففيما أخرج أبو داود عن يزيد بن نعيم بن هزال عن أبيه قال كان ماعز بن مالك في حجري فأصاب جارية من الحي فقال له أبي ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بما صنعت لعله أن يستغفر لك فأتاه فقال يا رسول الله إني زنيت فأقم علي كتاب الله فأعرض عنه فعاد حتى قالها أربع مرات فقال عم إنك قد قلتها أربع مرات فبمن قال بفلانة قال هل ضاجعتها قال نعم قال هل باشرتها قال نعم قال هل جامعتها قال نعم فأمر أن يرجم فأخرج إلى الحرة فلما وجد مس الحجارة خرج يشتد فلقيه عبد الله بن أنيس وقد عجز أصحابه فنزع بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال هلا تركتموه لعله أن يتوب فيتوب الله عليه ورواه عبد الرزاق في مصنفه فقال فيه فأمر به أن يرجم فرجم فلم يقتل حتى رماه عمر بن الخطاب بلحي بعير فأصاب رأسه فقتله وأما أن في الاستفسار عن الأمور الخمسة الاحتياط فما قال لأنه عساه غير الفعل في الفرج عناه بأن ظن مماسة الفرجين حراما زنى أو كان يظن أن كل وطء محرم زنى يوجب الحد فيشهد بالزنا فلهذا قال

بوظيف

فإذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة في الحد ودا احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة رح وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات إن شاء الله تعالى

يسأله عن الزنا ما هو ولأنه يحتمل أنه كان مكرها ويرى أن الإكراه عن الزنا لا يتحقق فيكون مختارا فيه لما روي عن أبي حنيفة فيشهد به فلهذا يسأله عن كيفيته وفي التحقيق هي حالة تتعلق بالزاني نفسه ثم يحتمل كون المشهود بزناه في دار الحرب وليس فيه حد عندنا فلهذا يسألهم أين زنى ويحتمل كونه في زمان متقادم فلا حد فيه إذ قد ثبت بالبينة أو في زمن صباه فلهذا يسألهم متى زنى وحد التقادم سيأتي ثم يحتمل كون المزني بها ممن لا يحد بزناها وهم لا يعلمون كجارية ابنه أو كانت جاريته أو زوجته ولا يعلمها الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حل لهؤلاء أن ينظروا في بيتي وكانت في بيت أحدهم كوة يبدو منها للناظر ما في بيت المغيرة فاجتمعوا عنده فشهدوا به فقال المغيرة والله ما أتيت إلا امرأتي ثم إن الله تعالى درأ عنه بعدم قول زياد وهو الرابع رأيته كالميل في المكحلة وكان مثل النصف من العبارة فحد عمر رضي الله عنه الثلاثة ولم يحده لأنه ما نسب إليه الزنا بل قال رأيت قدمين مخضوبتين وأنفاسا عالية ولحافا يرتفع وينخفض وهو لا يوجب الحد وأخرج عبد الرزاق في تفسيره بسنده عن عمر رضي الله عنه ثم سألهم أن يتوبوا فتاب اثنان فقبلت شهادتهما وأبى أبو بكرة أن يتوب فكانت شهادته لا تقبل حتى مات وعاد مثل النضو من العبادة انتهى فلهذا يسألهم عن المزني بها من هي وقياسه في الشهادة على زنا امرأة أن يسألهم عن الزاني بها من هو فإن فيه أيضا الاحتمال المذكور وزيادة وهو جواز كونه كان صبيا أو مجنونا بأن مكنت أحدهما فإنه لا يجب عليها في ذلك حد على قول الإمام أبي حنيفة رح ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم إنها زنت لا يحد المشهود عليه ولا الشهود لأنهم شهدوا بالزنا ولم يثبت قذفهم لأنهم لم يذكروا ما ينفي كون ما ذكروه زنا ليظهر قذفهم لغير الزاني بالزنا بخلاف ما لو وصفوه بغير صفته فإنهم يحدون فصار كما لو شهد أربعة فساق بالزنا لا يقضى بشهادتهم ولا يحدون لأنهم أتوا على شهادتهم غير أنهم لا يقبلون وعلى هذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على صدق مقالته يسقط به الحد عندنا بخلاف ما لو شهد ثلاثة وأبى الرابع فإن الشهادة على الزنا قذف لكن عند تمام الحجة يخرج عن أن يكون قذفا فلما لم يتم بامتناعه بقي كلام الثلاثة قذفا فيحدون ولو شهدوا فسألهم فبين ثلاثة ولم يزد واحد على الزنا لا يحدون وما وقع في أصل المبسوط من أن الرابع لو قال أشهد أنه زان فسأل عن صفته فلم يصفه أنه يحد حمل على أنه قال للقاضي في مجلس من غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة **قوله** وإذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وهي بضم الميم والحاء وهو حاصل جواب السؤال عن كيفية الزنا في الحقيقة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر بأن يبعث ورقة فيها أسماؤهم وأسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة والعلانية بأن يجمع بين المعدل والشاهد فيقول هذا هو الذي عدلته وهذا وعد المصنف بيانه في الشهادات حكم بشهادتهم وهو الحكم بوجوب حده وبقي شرط آخر وهو أن يعلم أن الزنا حرام مع ذلك كله ونقل في اشتراط العلم بحرمة الزنا إجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلما لم يظهر عليه فسق كما اكتفى بها أبو حنيفة في الأموال احتيالا للدرء ولما كان لزوم درء على الحاكم موقوفا على ثبوت إيجاب الدرء أمكن أن يستدل عليه بما رواه أبو يعلى في مسنده من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ادرؤا الحدود ما استطعتم ورواه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها قال ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة قال الترمذي لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد ويزيد ضعيف وأسند في علله عن البخاري يزيد منكر الحديث

قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى قال والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات

واهب وصححه الحاكم وتعقبه الذهبي به قال البيهقي والموقوف اقرب الى الصواب ولا شك ان هذا الحكم وهو درء الحد مجتمع عليه وهو اقوى وكان ذكر هذا ذكر لمستند الاجماع واعلم ان القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود ولا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغنيه عن ذلك وهو اقوى من الحاصل له من تعديل المزكي ولولا ما ثبت من ايجاب الشرع عليه بالزنا في اقامة الحد بالسبع الذي ذكرناه لكان يحيله بعلمه لكن ثبت ذلك هناك ولم يثبت في تعليل الشهود وايجاب علمه بعد التهم فوجب اعتباره **قوله** قال في الاصل اي قال اذا وصف الشهود الاشياء المذكورة يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا الى ان يسأل عن عدالة الشهود لانه متهم وقد يهرب ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط وليس بمشروع فيما يندرئ بالشبهات فان قيل الاحتياط في الحبس اظهر منه في اخذ الكفيل اجاب بان حبسه ليس للاحتياط بل هو تعزير لانه صار متهما بالفواحش بشهادة هؤلاء وان لم يثبت الزنا الموجب للحد بعد وحبس المتهمين تعزيرا لهم جائز بخلاف ما لو شهدوا بالدين لا يحبس المشهود عليه قبل ظهور عدالة الشهود لان اقصى العقوبات هناك بعد ثبوت العدالة والقضاء بموجب الشهادة الحبس فلا يجوز ان يفعله قبل ثبوت الحق بخلاف ما هنا فان كان بعد الثبوت عقوبة اغلظ وهذا هو الفرق الذي وعده المصنف بقوله وسيأتيك الفرق واما قوله وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة فاخرج ابو داود والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن ابيه عن جده معاوية بن حيدة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا من تهمة زاد الترمذي والنسائي ثم خلى عنه وحسنه الترمذي وصححه الحاكم وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عراك بن مالك قال اقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا بضجنان من مياه المدينة وعندها ناس من غطفان معهم ظهر فاصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من ابلهم فاتهموا الغفاريين فاتوا بهم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبس احد الغفاريين وقال للآخر اذهب فالتمس فلم يكن الا يسيرا حتى جاء بهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم لاحد الغفاريين استغفر لي فقال غفر الله لك يا رسول الله فقال وانت فغفر الله لك وقتلك في سبيل الله قال فقتل يوم اليمامة **قوله** والاقرار ان يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا اربع مرات قدم الثبوت بالبينة لانه المذكور في القرآن ولان الثابت بها اقوى حتى لا يندفع بالشبهة بالفرار ولا بالتقادم ولانها حجة متعدية والاقرار قاصر ولا بد من كونه صريحا ولا يظهر كذبه ولذا قلنا لو اقر الاخرس بالزنا بكتابة او اشارة لا يحد للشبهة لعدم الصراحة وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال ان يدعي شبهة كما لو شهدوا على مجنون انه زنى في حال افاقته بخلاف الاعمى صح اقراره والشهادة عليه وكذا المجبوب والخصي والعنين ولو اقر فظهر مجبوبا او اقرت فظهرت رتقاء وذلك بان تخبر النساء بانها رتقاء بطل الحد وذلك لان اخبارهن بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود وبالشبهة يندرئ الحد ولو اقر انه زنى بخرساء او اقرت بأخرس لا حد على واحد منهما واختلف الحكم في اشتراط تعدد الاقرار فنفاه الحسن وحماد بن ابي سليمان ومالك والشافعي وابو ثور واستدلوا بحديث العسيف حيث قال فيه واغد يا انيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل اربع مرات ولان الغامدية لم تقر اربعا وانما رد ماعزا لانه شك في امره فقال أبك جنون وذهب كثير من العلماء الى اشتراط الاربع واختلفوا

في أربع مجالس من مجالس المقر كلما أقر رده القاضي واشتراط البلوغ والعقل لأن قول الصبي والمجنون غير معتبر أو هو غير موجب للحد واشتراط الأربع مذهبنا وعند الشافعي رحمه الله يكتفي بالإقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لأنه مظهر وتكرار الإقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز رضي الله عنه فإنه عليه السلام أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربع مجالس فلو ظهر دونها لما أخرها لثبوت الوجوب

في اشتراط كونها في أربع مجالس من مجالس المقر فقال به علماؤنا ونفاه ابن أبي ليلى وأحمد فيما ذكر عنه واكتفوا بالأربع في مجلس واحد وما في الصحيحين ظاهر فيه أخرجا عن أبي هريرة رضي الله عنه قال أتى رجل من المسلمين رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فقال يا رسول الله إني زنيت فأعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه فقال يا رسول الله إني زنيت فأعرض عنه حتى ثنى ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبك جنون فقال لا فقال هل أحصنت قال نعم فقال صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه فرجمناه بالمصلى فلما أذلقته الحجارة هرب فأدركناه بالحرة فرجمناه فهذا ظاهر في أنه كان في مجلس واحد قلنا نعم هو ظاهر فيه لكن الطرق صريحة في إفادة أنها في مجالس ففي صحيح مسلم عن بريدة أن ماعزا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فرده ثم أتاه الثانية من الغد فرده ثم أرسل إلى قومه هل تعلمون بعقله بأسا فقالوا ما نعلمه إلا وفي العقل من صالحينا فأتاه الثالثة فأرسل إليهم أيضا فسألهم فأخبروه أنه لا بأس به ولا بعقله فلما كان الرابعة حفر له حفيرة فرجمه وأخرج أحمد وإسحاق بن راهويه في مسنديهما وابن أبي شيبة في مصنفه ثنا وكيع عن إسرائيل عن جابر بن عامر عن عبد الرحمن بن أبزى عن أبي بكر قال لقي ماعز بن مالك النبي صلى الله عليه وسلم فاعترف وأنا عنده مرة فرده ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرده ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فرده فقلت له إن اعترفت الرابعة رجمك قال فاعترف الرابعة فحبسه ثم سأل عنه فقالوا لا نعلم إلا خيرا فأمر به فرجم فصرح بتعدد المجيء وهو يستلزم غيبته ونحن إنما قلنا إنه إذا تغيب ثم عاد فهو مجلس آخر وروى ابن حبان في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال جاء ماعز بن مالك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال إن الأبعد زنى فقال له ويلك وما يدريك ما الزنا فأمر به فطرد فأخرج ثم أتاه الثانية فقال مثل ذلك فأمر به فطرد وأخرج ثم أتاه الثالثة فقال له مثل ذلك فأمر به فطرد وأخرج ثم أتاه الرابعة فقال مثل ذلك فقال أدخلت وأخرجت فقال نعم فأمر أن يرجم فهذه وغيرها مما يطول ذكره ظاهر في تعدد المجالس فوجب أن يحمل الحديث الأول عليها فإن قوله فتنحى تلقاء وجهه ليس بمعدود مع قوله الأول إقرارا واحدا لأنه في مجلس واحد وقوله حتى ثنى ذلك أربع مرات أي في أربع مجالس فإنه لا ينافي ذلك وقد دلت الأحاديث على تعدد المجالس فيحمل عليه وأما الكلام مع المكتفين بمرة واحدة فما قولنا الغامدية لم تقر إلا مرة واحدة فممنوع بل أقرت أربعا يدل عليه ما عند أبي داود والنسائي قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحدثون أن الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما لم يطلبهما وإنما رجمهما بعد الرابعة فهذا نص في إقرارها أربعا غاية ما في الباب أنه لم ينقل تفاصيلها والرواة كثيرا ما يحذفون بعض صورة الواقعة على أنه روى البزار في مسنده عن زكريا بن سليم ثنا شيخ من قريش عن عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه فذكره وفيه أنها أقرت أربع مرات وهو يردها ثم قال لها اذهبي حتى تلدي الحديث غير أن فيه مجهولا لكن تنجبر جهالته بما يشهد له من حديث أبي داود والنسائي وأما كون رد ماعز أربعا كان لاسترابته في عقله فإن سلم لا يتوقف عليه كون ذلك على الأربع والثلاثة موضوعة في الشرع لإبلاء الأعذار كخيار الشرط جعل ثلاثا لأن عنده لا يعذر المقر

ولأن الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الإقرار إعظاماً لأمر الزنا وتحقيقاً لمعنى الستر ولا بد من اختلاف
المجالس لما روينا ولأن لاتحاد المجلس أثراً في جمع المتفرقات فعنده تتحقق شبهة الاتحاد في الإقرار والإقرار قائم بالمقر فيعتبر
اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي والاختلاف بأن يرده القاضي كلما أقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن أبي حنيفة

قال يستحب أن يؤخر تلته ليراجع نفسه في شبهة فلو لم تكن الأربعة عدداً معتبراً في اعتبار إقراره لم يؤخر رجمه بعد الثالثة ومما
على ذلك ترتيبه صلى الله عليه وسلم الحكم عليها وهو مشعر بعليتها وكذا الصحابة فمن ذلك قوله في حديث هزال إنه قد قلتها أربعاً
فبمن وهو حديث أخرجه أبو داود والنسائي والإمام أحمد عن يزيد بن نعيم بن هزال عن أبيه قال كان ماعز بن مالك
في حجر أبي فأصاب جارية من الحي فقال له ايت رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث المتقدم وزاد فيه أحمد قال
هشام فحدثني يزيد بن نعيم عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين رآه والله يا هزال لو كنت سترته بثوبك
لكان خيراً لك مما صنعت به قال صاحب التنقيح وإسناده صالح ويزيد بن نعيم روى له مسلم وذكره ابن حبان في الثقات وأبو نعيم
ذكره أيضاً وهو مختلف في صحبته وقد روى ترتيبه صلى الله عليه وسلم على الأربع جماعة بألفاظ مختلفة فمنها ما ذكرناه ومنها
في لفظ لأبي داود عن ابن عباس إنك قد شهدت على نفسك أربع مرات وفي لفظ لابن أبي شيبة أليس إنك قلتها أربع مرات
وتقدم في مسند أحمد عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال بحضرته عليه السلام إن اعترفت الرابعة رجمك إلا أن في إسناده جابر الجعفي وكونه ردد
في الصحيح أنه رده مرتين أو ثلاثاً فمن اختصار الراوي وإلا فلا شك أنه أقر أربعاً وقوله في ذلك اللفظ شهدت على نفسك يؤنس به
أنه اعتبر الإقرار بالشهادة حكماً أوجب سبحانه في الشهادة على الزنا أربعاً على خلاف المعتاد في غيره ولذا يعتبر في إقراره أن لا يكل إقرار بمنزلة
شهادة واحد ولو لم يكن ذلك لكان النظر والقياس يقتضيه وإذن فقوله وحديث العسيف فإن اعترفت فارجمها معناه الاعتراف المعروف
في الزنا بناء على أنه كان معلوماً من الصحابة خصوصاً لمن كان قريباً من خاصة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن الصحابة ونقل هذا من حديث أبي هريرة رضي الله عنه
في استفسار ماعز أنه رجمه بعد الخامسة وتأويله أنه عد أحد الأقارير فإن منها إقرارين في مجلس واحد كما قدمناه من الجمع فكانت خمساً فإن قيل يجوز
كون رده ليرجع قلنا ينبغي أن يلقنه الرجوع ولكن في مجلس الإقرار الموجب لو كان الإقرار الموجب هو الأول للقنه بعده ولأنه يطلقه مختاراً في إطلاقه
ليذهب فقد لا يرجع كذا يوماً بعد يوم وهذا لما علمت أن الإقامة مخاطب بها الإمام بالنص إذا ثبت السبب عنده فيحرم عليه أن يفصله والإفلات المعقب
للإيجاب غير أنه إذا رجع قبل رجوعه فإيجاب السبب مقيد بعدم الرجوع قبل الإقامة وهذا لا يوجب جواز رده وإخراجه ليذهب فيرجع وقد لا يرجع بل يذهب إلى حال سبيله
وهو مصر على الإقرار غير أنه يقول في نفسه إن الإقرار بهذا الحق لا يوجب شيئاً على الإمام فيجلس في بيته مصراً على إقراره غير راجع عنه
خصوصاً في زمن لم تعرف فيه تفاصيل هذه الأحكام للناس بعد وأما ما روي أن الغامدية قالت له عليه الصلاة والسلام
أتريد أن تردني كما رددت ماعزاً والله إني لحبلى من الزنا فليس فيه دليل لأحد بل لما قالت قال لا فاذهبي حتى تلدي فلما ولدت
أتته بالصبي في خرقة قالت هذا قد ولدته قال فاذهبي فأرضعيه حتى تفطميه فلما فطمته أتته بالصبي في يده كسرة خبز قالت هذا يا نبي الله
قد فطمته وقد أكل الطعام فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها وأمر الناس أن يرجموها فرجموها فيقبل خالد بن الوليد
بحجر فرمى رأسها فتنضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبي صلى الله عليه وسلم سبه إياها فقال مهلاً يا خالد فوالذي نفسي بيده
لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له وليس في هذا أنه اعتبر قولها فلم يردها غاية الأمر أنه ردها وغياً إلى ولادتها ثم ردها
إلى فطامها لاتفاق الحال بأن يثبت مع ثبوت حكم الرد مطلقاً بسبب ظاهر في خصوص هذا الرد ولعلها كلما رجعت إليه ليصدر منها ما هو إقرار

لانه عليه السلام طرده في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة **قال** فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنى في صباه فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وقال الشافعي رح وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب الحد باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فيتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع

اولا فيه ان يقع في مجلسها شيء متنافي يقصد به ذلك لم يكن ما تقدم منها يفيد ان اقرارها كان اربعا غير انه لما كان المجلس جامعا للمتفرق حتى يعد الواقع فيه واحدا وكان المقام مقام الاحتياط في الدرء اعتبر في الحكم بتعدد الاقارير تعدد مجالس المقر دون القاضي لانه الذي به يتحقق الاقرار وبه فارق الشهادة فان الاربع فيها اعتبر مجلس واحد حتى لو جاؤا في مجالس حدوا لانه كلام جماعة حقيقة فلا يمكن اعتبارها واحدا بخلاف اقرار المقر فانه من واحد فامكن فيه اعتبار الاتحاد في اتحاد المجلس فاعتبر كذلك عند الامكان تحقيقا للاحتياط واما ما قيل ان اشتراط الاربع في الشهادة لان الشاهد متهم بخلاف المقر فالتهمة بعد العدالة والصلاح ممنوعة بل لا شك في الصدق واصل التعدد انما لزم حتى لزم الاثنان لامكان النسيان فيذكره الآخر للتهمة وزوالها بالآخر وشرط في الشهادة لذلك ايضا بالنص قال تعالى فتذكر احديهما الاخرى غير ان المرأة انما تخالط المرأة لا الرجل الاجنبي فلزمت الاخرى لتذكرها **قوله** لانه عليه السلام طرده في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة لا يعرف بهذا اللفظ واقرب الالفاظ اليه ما ذكرناه من حديث ابن حبان انه طرده فخرج فارجع اليه **قوله** واذا تم وذلك اي على وجه لا يتضمن دافعا للحد لزمه الحد ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول متى زنيت وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار فهذا السؤال لتلك الفائدة فاذا لم يكن التقادم مسقطا لم يكن في السؤال عنه فائدة ووجه الفرق بين الشهادة والاقرار في ذلك سنذكره ان شاء الله تعالى في باب الشهادة على الزنا وهذا بخلاف سؤاله بمن زنيت لانه قد يكون ممن لا يحد بوطئها كما ذكرنا في جارية ابنه بخلاف ما لو قال في جوابه لا اعرف التي زنيت بها فانه يحد لانه اقرار بالزنا ولم يذكر ما يكون فعله به زنا بل تضمن اقراره انه لا ملك له في المزني بها لانه لو كان يعرفها ان الانسان لا يجهل زوجته وامته والحاصل انه اذا اقر اربع مرات انه زنى بامرأة لا اعرفها حد ولو اقر انه زنى بفلانة وهي غائبة يحد استحسانا لحديث العسيف حيث ارسل الى المرأة فقال ان اعترفت فارجمها ولان انتظار حضورها انما هو لاحتمال ان تذكر مسقطا عنها ولا يجوز التاخير لهذا الاحتمال كما لا يؤخر اذا ثبتت بالشهادة لاحتمال ان يرجع الشهود ولان كلامنا في شبهة الشبهة وبه لا يندرئ الحد ولو اقر انه زنى بفلانة وكذبته وقالت لا اعرفه لا يحد الرجل عند ابي حنيفة وقالا يحد وعلى هذا الخلاف اذا اقرت انها زنت بفلان فانكر فلان تحد هي عندهما لا عنده **قوله** وقال الشافعي يقيم عليه الحد وهو قول ابن ابي ليلى والمسطور في كتبهم لو رجع قبل الحد او بعد ما اقيم عليه بعضه سقط وعن احمد كقولنا وعن مالك في قبول رجوعه روايتان فاستغنينا عن تحرير دليل الشافعي على تقديره فقوله كما اذا وجب بالشهادة تحرير الجامع فيه انه انكار بعد ثبوت كما لو فرض انه شهدوا عليه وهو ساكت فلما سأله الحاكم الاسئلة الخمسة وتمت الحجة انكر ولا يخفى انه تكلف والحق ان الرجوع عن الاقرار بالزنا بعد الاقرار به محل صحته شرعا حكما فيجب كون المحل الذي هو الا رجوعا عن اقرار لغيره وهو ليس ممتنعا في الشهادة كنعم في القصاص وحد القذف يعني لو اقر بهما ثم رجع لا يقبل وكذا لا يقبل في الزنا ولنا ان الرجوع خبر يحتمل الصدق والكذب وليس احد يكذبه فيه فيتحقق به الشبهة في الاقرار السابق عليه فيدرئ بالشبهة لانه رجع عن الاقرار السابق فاقيم بخلاف ما فيه حق العبد من القصاص وحد القذف لان العبد يكذبه في اخباره الثاني فيعدم اثره

ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز لعلك لمستها او قبلتها وقال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى **فصل في كيفية الحد واقامته** واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عليه السلام رجم ماعزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة

في اخباره الاول بالكلية **قوله** ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع لقوله عم لماعز لعلك لمست روي في بعض احاديث ماعز لعلك مسستها لعلك قبلتها وعند البخاري لعلك قبلت او غمزت او نظرت وقال في الاصل ينبغي ان يقول له لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة والمقصود ان يلقنه ما يكون ذكره دارئا ليذكره كائنا ما كان كما قال ايضا عم للسارق الذي جيء به اليه اسرقت وما اخاله سرق والله اعلم بالصواب

فصل في كيفية اقامة الحد بعد ثبوت الحد تكون اقامته فذكر كيفيته **قوله** واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا هذا من الالفاظ التي جاء الفاعل منها على مفعل بفتح العين يقال احصن يحصن فهو محصن في الفاظ معدودة هي اسهب فهو مسهب اذا اطال وامعن في الشيء ومنه قول المص في خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب وقيل لابن عمر رض ادع الله لنا فقال اكره ان اكون من المسهبين بفتح الهاء والفج بالفاء انتقر فهو ملفج الفاعل والمفعول فيه سيان ويقال بكسرها ايضا اذا افلس وعليه دين

قوله رجمه بالحجارة حتى يموت عليه اجماع الصحابة ومن تقدم من علماء المسلمين وانكار الخوارج الرجم باطل لانهم ان انكروا حجية اجماع الصحابة فجهل مركب بالدليل بل هو اجماع قطعي وان انكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه لان ثبوت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة علي رض وجود حاتم والآحاد في تفاصيل صوره وخصوصياته اما اصل الرجم فلا شك فيه ولقد كوشف بهم عمر رض وكاشف بهم حيث قال خشيت ان يطول بالناس زمان حتى يقول قائل لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله الا وان الرجم حق على من زنى وقد احصن اذا قامت البينة او كان الحبل او الاعتراف رواه البخاري وروى ابو داود انه خطب وقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده واني خشيت ان يطول بالناس زمان فيقول قائل لا نجد الرجم الحديث وقال لولا ان يقال ان عمر رض زاد في كتاب الله لكتبتها في حاشية المصحف وفي الحديث المعروف اي المشهور المروي من حديث عثمان وعائشة رض وابي هريرة وابن مسعود رض ففي الصحيحين من حديث ابن مسعود لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة وروى الترمذي عن عثمان رض انه اشرف عليهم يوم الدار وقال انشدكم بالله اتعلمون ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان وارتداد بعد اسلام وقتل نفس بغير حق قالوا اللهم نعم قال فعلام تقتلوني الحديث قال الترمذي حديث حسن ورواه الشافعي في مسنده عن عثمان لا يحل دم امرء مسلم الا من احدى ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير نفس ورواه البزار والحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين والبيهقي وابو داود والدارمي واخرجه البخاري عن فعله عم من قول الى قتادة حيث قال والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم احدا قط الا في ثلاث خصال رجل قتل بجريرة نفسه فقتل او رجل زنى بعد احصان او رجل حارب الله ورسوله وارتد عن الاسلام ولا شك في رجم عمر وعلي رض ولا يخفى ان قول المخرج حسن او صحيح في هذا الحديث يراد به المتن من حيث هو واقع في خصوص ذلك السند وذلك لا ينافي الشهرة وقطعية الثبوت بالتظافر والقبول والحاصل ان انكاره انكار دليل قطعي بالاتفاق فان الخوارج يوجبون العمل بالمتواتر معنا او لفظا كسائر المسلمين الا ان انحرافهم عن الاحتياط بالصحابة والمسلمين وترك التردد الى

قال ويرجم بالحجارة حتى يموت ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء وقال الشافعي رحمه الله لا يشترط بدايته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف قال فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط

على المسلمين والرواة اذ هم في جهالات كثيرة لخفاء الشرع عنهم والشهرة ولذا امتنع مالوا على عمر بن عبد العزيز القول بالرجم لانه ليس في كتاب الله الزمهم باعداد الركعات ومقادير الزكوات فقالوا ذلك لانه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون فقال لهم وهذا ايضا فعله هو والمسلمون **قوله** يخرجه الى ارض فضاء لان في الحديث الصحيح قال فرجمناه يعني ماعزا بالمصلى وفي مسلم وابي داود فانطلقنا الى بقيع الغرقد وكان المصلى كان به لان المراد مصلى الجنائز فيتفق الحديثان واما ما في الترمذي من قوله فامر به في الرابعة فاخرج الى الحرة فرجم بالحجارة فان لم يتاول على انه اتبع حين هرب حتى اخرج الى الحرة والا فهو غلط لان الصحاح والحسان متظافرة على انه انما صار اليها هاربا لانه ذهب به اليها ابتداء ليرجم بها ولان الرجم بين الجدران يوجب ضررا من بعض الناس لبعض للضيق **قوله** ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس وهذا شرط حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود عليه ولا يحدون هم لان امتناعهم ليس صريحا في رجوعهم ولو كان ظاهرا فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وان كان بحق كما تراه في اشاهد من امتناع بعض الناس في ذبح الحيوان الحلال الاكل والاضحية بل ومن حضورها فكان امتناعهم شبهة في درء الحد عن المشهود عليه وهذا الاحتمال شبهة في اندفاع الحد عنهم وقيل يحدون والاول رواية المبسوط وقال الشافعي ليس بشرط اعتبارا بالجلد يعني فانه لا تجب البداءة بالشهود على غير المحصن لا يشترط في اقامة الحد ابتداء الشهود واجاب بالفرق بان الجلد لا يحسنه كل احد فقد يقع لعدم الخبرة مهلكا وهو غير مستحق اذا بخلاف الرجم فان المقصود به الاهلاك فلا يلزم من عدم اشتراط ابتدائهم بالجلد عدمه في الرجم وهذا دفع للملحقة واما اثبات المذهب فيقول علي رضي الله عنه بناء على وجوب تقليد الصحابي فان قوله في ذلك ليس مما يدرك بالعقل معناه ليحمل على السماع لانه علله بان امتناعهم دلالة الرجوع فان الشاهد ربما يتساهل في الاداء فعند مباشرة القتل يتعاظم ذلك فيندفع الحد بتحقق هذه الدلالة وهذا هو قول المصنف لانه دلالة الرجوع وقول بعضهم انه شبهة الرجوع حقيقة والرجوع شبهة فاحتماله شبهة الشبهة وبها لا يندرئ الحد على ما عرف وسياتي انما يصح بناء على ان الامتناع من الابتداء ليس ظاهرا في الرجوع بل يحتمل احتمالا مرجوحا فان الغالب على الناس جزع الطباع عن القتل حتى يمتنع كثير عن ذبح المباح كالاضحية والدجاجة فكيف بالادمي فالامتناع عن قتله لا يكون ظاهرا في الرجوع بل الظاهر فيما هو الغالب وهو عدم قبول الانسان فكان في الامتناع شبهة الرجوع لا دلالته وهو غلط لانا لم نشترط الابتداء بقتله بل برميه حتى لو رماه بحصاة صغيرة حصل الشرط فامتناعه عن مثل ذلك دليل رجوعه لكنه دليل فيه شبهة فانه امارة لا تقطع بوجود المدلول معه فكان ثبوت الرجوع عند الامتناع فيه شبهة والرجوع الذي فيه شبهة رجوع بخلاف شبهة الرجوع واحتماله لا يقال احتمال الرجوع رجوع والرجوع ثبوت لان الثابت شبهة في الشهادة ولا شبهة الشبهة فيه لو صح لزم كون الثابت بالامتناع رجوعا فيه شبهة كان الثابت قذفا فيه شبهة بخلاف صريح الرجوع فانه به يظهر ان تلك الشهادة قذف بلا شبهة فيحد به هناك ولا يحد بدلالة الرجوع اذا لم يكن دلالة قطعية يوجد معها المدلول قطعا لثبوت الشبهة في القذف على ما ذكرنا واما ثبوت ذلك عن علي رضي الله عنه فما اخرج ابن ابي شيبة حدثنا عبد الله بن ادريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن ابي ليلى ان عليا كان اذا شهد عنده الشهود على الزنا امر الشهود ان يرجموا ثم رجم هو ثم رجم الناس فاذا كان باقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس قال وحدثنا ابو خالد الاحمر عن الحجاج عن الحسن بن سعد بن عبد الرحمن بن عبد الله

وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ورمى رسول الله عليه السلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا

ابن مسعود وعن علي رضي الله عنه قال ايها الناس ان الزنا زناءان زنا السر وزنا العلانية فزنا السر ان يشهد الشهود فيكون الشهود اول من يرمي ثم الامام ثم الناس وزنا العلانية ان يظهر الحبل او الاعتراف فيكون الامام اول من يرمي قال وفي يده ثلاثة احجار فرماها بحجر فاصاب عنقها فاستدارت ورمى الناس وروى الامام احمد في مسنده عن الشعبي قال كان لشراحة زوج غائب بالشام فانها حملت فجاء بها مولاها فقال ان هذه زنت فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وحفر لها الى السرة وانا شاهد ثم قال ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه احد لكان اول من يرمي الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها اقرت فانا اول من رماها فرماها بحجر ثم رماها الناس ورواه البيهقي عن الاجلح عن الشعبي عن علي رضي الله عنه وفيه انه قال لها لعله وقع عليك وانت نائمة قالت لا قال لعله استكرهك قالت لا قال فامر بها فحبست فلما وضعت ما في بطنها اخرجها يوم الخميس فضربها مائة وحفر لها يوم الجمعة في الرحبة واحاط الناس بها الحديث وفيه ايضا انه صفهم ثلاث صفوف ثم رجمها ثم امرهم فرجم صف ثم صف ثم صف وورد ان اشتراط البداءة بهذا زيادة على النص بما هو خبر الواحد واصلاح الايراد انه تقييد القطعي المطلق فكان كتقييد مطلق الكتاب والجواب ان الحكم القطعي هنا هو مجموع وجوب الرجم ووروده بالشبهة فاذا دل ظني على ان البداءة شرط لزم ان عدمها شبهة فيندرئ الحد بحكم القطعي بوجوب درء هذا الحكم القطعي للشبهة وموت الشهود يسقط او احدهم وكذا اذا غابوا او غاب احدهم في ظاهر الرواية وهو احتراز عن رواية عن ابي يوسف ان بداءتهم مستحبة لا مستحقة فلو امتنعوا او ماتوا او غابوا يقيم الحد وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن اهلية الشهادة كما لو ارتد احدهم او عمي او خرس او فسق او قذف فحد لا فرق في ذلك بين كونه قبل القضاء او بعده قبل اقامة الحد لان الامضاء من القضاء في الحدود وهذا اذا كان محصنا وفي غير المحصن قال الحاكم في الكافي يقام عليه الحد في الموت والغيبة ولو كان بعضهم مقطوع اليد او مريضا لا يستطيع الرمي حضر ويرمي القاضي ولو قطعت ايديهم بعد الشهادة امتنعت الاقامة وقد يقال اذا كان شرطا ففوات الشرط كيف لا يمنع المشروط وايضا عجزهم بالضعف ليس فوق عجزهم بالموت الا ان شمس الائمة فرق بانهم اذا كانوا مقطوعي الايدي لم يستحق البداءة لهم واما هنا فقد استحقت فاذا تعذر بالموت او الغيبة صار كما لو امتنعوا وهذا التقييد شرطية بكون الشهود قادرين على الرجم ولا شك ان المعنى المسقط بجهاده ومما يبطل الشهادة ويسقط الحد ان يعترف المشهود عليه بالزنا قبل القضاء بالاتفاق ولو اعترف بعد القضاء بالحد عن البينة مرة يسقطه ابو يوسف لان سقوطه في الوجه الاول كان لاشتراط الشهادة عدم الاقرار وفات الشرط قبل العمل وقد علم ان الامضاء من القضاء في الحدود فكان كالاول وخالفه محمد رح قوله وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي وهو ما ذكرنا والغامدية قوله ورمى عليه السلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة رواه ابو داود عن زكريا بن عمران قال سمعت شيخا يحدث عن ابن ابي بكرة عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية فحفر لها الى الثندوة ثم ذكر اسنادا آخر وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة وقال ارموا واتقوا الوجه فلما طفئت اخرجها وصلى عليها ورواه النسائي والطبراني والبزار وفيه مجهول وانت تعلم انه لو تم امر هذا الحديث بالصحة لم يكن فيه دليل على الاشتراط فالمعول عليه ما ذكرنا من كلام علي رضي الله عنه واعلم ان مقتضى هذا انه لو امتنع الامام لا يحل للقوم رجمه ولو امرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو منتف برجم ماعز فان القطع بانه عليه السلام لم يحضر بل رجمه الناس عن امره ويمكن الجواب بان حقيقة ما دل عليه

ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام للعزيز اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعد ما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به قال ويأمر الامام بضربه

قوله على انه يجب على الامام ان يأمرهم بالابتداء احتيالا للثبوت دلالة الرجوع وعدمه وان لم يبتدئ هو في الاقرار لينكشف للناس انه لم يقصر في امر القضاء بان لم يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد فاذا امتنع حينئذ ظهرت امارة الرجوع فامتنع الحد لظهور شبهة التقصير في القضاء وهي دارئة فكان البداءة في معنى الشرط انه لزم من عدمه العدم لا انه جعل شرطا بذاته وهذا في حقه حرم منتف فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد اذا لم يبدأ واعلم ان مقتضى ما ذكره لو بدأ الشهود فيما اذا ثبت بالشهادة يجب ان يثني الامام فلو لم يثن الامام يسقط الحد لاتحاد المأخذ فيهما قالوا ويستحب الكل من رجم ان يقصد قتله لانه المقصود ولانه تيسير عليه الا ان يكون ذا رحم محرم منه فلا يقصده ويكتفي بغيره فيه قوله ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم في ماعز اصنعوا به الخ روى ابن ابي شيبة عن ابي معاوية عن ابي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن ابن ابي بريدة عن ابيه بريدة قال لما رجم ماعز قالوا يا رسول الله ما نصنع به قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلوة عليه واما صلوته عليه السلام على الغامدية فاخرجه الستة الا البخاري من حديث عمران بن الحصين ان امرأة من جهينة اتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت يا نبي الله اصبت حدا فاقمه علي الحديث بطوله الى ان قال ثم امر بها فرجمت ثم صلى عليها فقال له عمر اتصلي عليها يا نبي الله وقد زنت فقال لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من اهل المدينة لوسعتهم وهل وجدت توبة افضل من ان جادت بنفسها لله وفي صحيح البخاري من حديث جابر في امر ماعز قال ثم امر به فرجم وقال له النبي صلى الله عليه وسلم خيرا وصلى عليه قال ابن القطان قيل للبخاري قوله وصلى عليه قاله غير معمر قال لا ورواه الترمذي وقال حسن صحيح ورواه غير واحد منهم ابو داود وصححه واما ما رواه ابو داود من حديث ابي برزة الاسلمي ان النبي عليه السلام لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلوة عليه ففيه مجاهيل فان فيه عن ابي بشر حدثني نفر من اهل البصرة عن ابي برزة نعم حديث جابر في الصحيحين في ماعز وقال له خيرا ولم يصل عليه معارض صريح في صلوته عليه لكن المثبت اولى من النافي لكن على اصول الحنفية وهو ان النفي اذا كان من جنس ما يعرف بدليله فيساوي الاثبات ويطلب الترجيح بغيره لا ينتهض لان هذا النفي وهو كونه لم يصل عليه من ذلك اذ لا شك ان الصحابي اذا شهد الصلوة بتمامها يعلم عدم صلوته عليه السلام فيطلب الترجيح بغير ذلك ومن هذا ذهب مالك الى انه يصلي عليه غير الامام والحاصل ان الصلوة عليه مشروعة لا شك فيها فانه مسلم قتل بحق فيغسل ويصلى عليه كالمقتول قصاصا بخلاف الشهيد فانه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الاثر شاهدا له ولاظهار زيادة تشريفه بقيام اثر شهادته يوم القيمة واما انه عليه السلام صلى على ماعز ففي حيز التعارض والغامدية من بني غامد حي من الازد قاله المبرد في الكامل وفي كتاب انساب العرب غامد بطن من خزاعة وقد سمعت في حديث عمران بن الحصين اتت امرأة من جهينة قوله وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وانما قدم الزانية مع ان العادة عكسه لانها هي الاصل اذ الداعية فيها اكثر ولولا تمكينها لم يزن وهذا عام في المحصن وغيره نسخ في حق المحصن قطعا ويكفينا في تعيين الناسخ القطع برجم النبي صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهو اولى من ادعاء كون الناسخ الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم لعدم القطع بثبوتها قرآنا ثم انتساخ تلاوتها وان ذكرها عمر رضي الله عنه وسكت الناس فان كون الاجماع السكوتي حجة مختلف فيه وبتقدير حجيته لا يقطع بان جميع المجتهدين

بسوط لا ثمرة له ضرباً متوسطاً لان علياً لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثانى عن المقصود وهو الانزجار ويلزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان علياً كان يأمر بالتجريد فى الحدود ولان التجريد ابلغ فى ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة فى الضرب وفى نزع الازار كشف العورة فيتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه لان الجمع فى عضو واحد قد يفضى الى التلف والحد زاجر لا متلف قال الا رأسه ووجهه وفرجه لقوله عليه السلام للذى امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضاً فلا يؤمن فوات شئ منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حداً

من الصحابة كانوا اذ ذاك حضوراً ثم لاشك ان الطريق فى ذلك الى عمر رضه ظنى ولهذا والله اعلم قال على رضه فيما ذكرناه عنه ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينسبه الى القرآن المنسوخ التلاوة وعرف من قوله ذلك انه قائل بعدم نسخ عموم الآية فيكون رأيه ان الرجم حكم زائد فى حق المحصن ثبت بالسنة وهو قول قيل به ويستدل له بقوله عم الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وفى رواية ابى داؤد ورمى بالحجارة وسيأتى الكلام عليه **قوله** بسوط لا ثمرة له ضرباً متوسطاً قيل المراد بثمرة السوط عذبته وذنبه مستعار من واحدة ثمر الشجر وفى الصحاح وغيره عقد اطرافه ورجح المطرزى ارادة الاول بما ذكر الطحاوى ان علياً رضه جلد الوليد بسوط له طرفان اربعين جلدة كانت الضربة ضربتين وفى الايضاح ما يوافقه قال ينبغى ان لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين وفى الدراية لكن المشهور فى الكتب لا ثمرة له لا عقدة عليه وقول المصنف فى الاستدلال عليه لان علياً لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته لا يحتمل الوجه الاول اصلاً بل احد الامرين اما العقدة واما تليين طرفه بالدق اذا كان يابساً وهو الظاهر روى ابن ابى شيبة ثنا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسى عن انس بن مالك قال كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به قلنا له فى زمن من كان هذا قال فى زمن عمر بن الخطاب رضه والحاصل ان المراد ان لا يضرب وفى طرفه يبس لانه يجرح او يبرح فكيف اذا كان فيه عقدة ويفيد ذلك ما روى عبد الرزاق عن يحيى بن ابى كثير ان رجلاً اتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انى اصبت حداً فاقمه على فدعا عم بسوط فاتى بسوط شديد له ثمرة فقال سوط دون هذا فاتى بسوط مكسور لين فقال سوط فوق هذا فاتى بسوط بين سوطين فقال هذا فاضرب به فجلد فرواه ابن ابى شيبة عن زيد بن اسلم ان النبى صلى الله عليه وسلم اتى برجل فذكره مالك فى الموطا والحاصل ان يجتنب كل من الثمرة بمعنى العقدة وبمعنى الفرع الذى به يصير ذنبين تعميماً للمشترك فى النفى لانه عين العدد ولو تجوز بالثمرة فيما يشاكل العقدة ليعم المجاز ما هو يابس الطرف على ما ذكرنا كان اولى فانه لا يضرب بمثله حتى يدق راسه فيصير متوسطاً **قوله** بين المبرح وغير المؤلم فيكون مؤلماً غير مبرح فلزم انه اراد بالمبرح المبرج والالم المستقيم ووجه هذا ظاهر ولو كان الرجل الذى وجب عليه الحد ضعيف الخلقة فخيف عليه الهلاك يجلد جلداً خفيفاً يحتمله **قوله** ينزع عنه ثيابه الا الازار لستر عورته وبه قال مالك وقال الشافعى واحمد يترك عليه قميص او قميصان لان الامر بالجلد لا يقتضى التجريد وقول المصنف لان علياً كان يأمر بالتجريد زاد عليه شارح الكنز فقال صح ان علياً كان يأمر بالتجريد فى الحدود وقال بعد ما قال المخرج انه لم يعرف عن على بل روى عنه خلافه وروى عبد الرزاق بسنده عنه انه اتى برجل فى حد فضربه وعليه كساء قسطلانى قاعداً واسند الى المغيرة بن شعبة فى الحدود وانتزع عنه ثيابه قال لا الا ان يكون فروا او محشواً واسند عن ابن مسعود لا يحل فى هذه الامة تجريد ولا مد **قوله** ويفرق الضرب على اعضائه لان جمعه فى عضو قد يفسده واستثنى الرأس والوجه والفرج وذكر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال للذى امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولم يحفظه المخرجون مرفوعاً بل موقوفاً عن على رضه انه اتى برجل سكران او فى حد فقال اضرب واعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير رواه ابن ابى شيبة وعبد الرزاق فى مصنفيهما وسعيد بن منصور وقال ابن المنذر وثبت عن عمر بن الخطاب رضه انه قال وقد اتى برجل اضرب واعط كل عضو حقه قال روينا هذا القول عن على وابن عمر

وقال ابو يوسف رح يضرب الرأس ايضا رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رض اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تأويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ويقال انه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي رض يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق

والنخعي رح انتهى ولا شك ان معنى ما ذكره المص في الصحيحين من حديث ابي هريرة رض عنه عم قال اذا ضرب احدكم فليتق الوجه والذكر ولا شك ان هذا ليس مرادا على الاطلاق لانا نقطع ان في حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لاحد ضرب وجه من يبارزه وهو في مقابلة حالة الحملة لا يكف عنه اذ قد يمتنع عليه بعد ذلك ويقتله فليس المراد الا من يضرب صبرا في حد قتلا او غير قتل وفي القتل صريح ما تقدم من رواية ابي داود من حديث ابي هريرة انه عم رجم امرأة فحفر لها الى الثندوة ثم قال ارموا واتقوا الوجه وح فلا شك ان قول عمر وعلي رض اعط كل عضو حقه كما ذكره ابن المنذر وكذا المقتصر عليه عام مخصوص لانهما لا يريدان قطعا ضرب الوجه والمذاكير وانما كان ذلك معلوما فلم يحتج الى ذكره على انه ذكر في رواية غيره عن علي كما حكيناه آنفا بما سمعت فعلم ان ما اورده المص دليل على بعض المطلوب والبعض الآخر وهو ضرب الرأس ملحق بالمعنى الذي ذكره وهو انه مجمع الحواس الباطنة فربما يفسد فهو اهلاك معنى وهذا من المص ظاهر في القول بان العقل في الرأس الا ان يأول وهي مختلفة بين الاصوليين وما قيل في المنظومة والكافي ان الشافعي يخص الظهر واستدلال الشارحين عليه لقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن امية البينة والا فحد في ظهرك غير ثابت في كتبهم بل الذي فيها كقولنا وانما ذكر رواية عن مالك انه خص الظهر وما يليه واجيب بان المراد بالظهر نفسه اي حد عليك بدليل ما ثبت عن كبار الصحابة من عمر وعلي وابن مسعود وما استنبطناه من قوله عم اذا ضرب احدكم فليتق الوجه وانه في نحو الحد مما سواه داخل في الضرب ثم خص منه الفرج بدليل الاجماع وعن محمد رح في التعزير يضرب الظهر وفي الحدود الاعضاء والمذاكير جمع ذكر بمعنى العضو فرقا بينه وبين الذكر بمعنى الرجل حيث قال ذكران وذكورة وذكارة وبمعنى العضو ثم جمعه على اعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكرا كما قالوا شابت مفارقه وانما له مفرق واحد **قوله** وقال ابو يوسف يضرب الرأس ضربة واحدة رجع اليه بعد ان كان اولا يقول لا يضرب كما هو المذهب لحديث ابي بكر رض الذي ذكره ورواه ابن ابي شيبة ثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم ان ابا بكر رض اتي برجل انتفى من ابيه فقال اضرب الرأس فان فيه شيطانا والمسعودي مضعف ولكن روى الدارمي في مسنده عن سليمان بن يسار ان رجلا يقال له صبيغ قدم المدينة فجعل يسأل عن متشابه القرآن فارسل اليه عمر واعد له عراجين النخل فقال له من انت فقال انا عبد الله صبيغ فاخذ عمر عرجونا من تلك العراجين فضربه على رأسه وقال انا عبد الله عمر وجعل يضربه حتى دمي رأسه فقال يا امير المؤمنين حسبك فقد ذهب الذي كنت اجد في رأسي وهذا ينافي جواب المص بان ذلك كان مستحق القتل ولو قلنا ان رواية ابي بكر كانت فيه فان ضرب عمر الرأس كان لرجل مسلم وكذا ضرب ابي بكر رض للذي انتفى من ابيه هذا واستثنى بعض المشايخ رواية عن ابي يوسف ايضا الصدر والبطن وفيه نظر بل الصدر من المحامل والضرب بالسوط المتوسط عددا يسيرا لا يقتل في البطن فكيف بالصدر نعم اذا فعل بالعصا كما يفعل في زماننا في بيوت الظلمة ينبغي ان لا يضرب البطن **قوله** ويضرب في الحدود كلها وكذا التعزير قائما غير ممدود لقول علي رض الخ روى عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن علي رض قال يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة في الحد ولان مبنى الحد في التشهير زجرا للعامة عن مثله والقيام ابلغ فيه والمرأة مبنى امرها

وإن كان عبدا جلده خمسين جلدة لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الإماء ولأن الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لأن الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى إلى التغليظ والرجل والمرأة في ذلك سواء لأن النصوص تشملهما غير أن المرأة لا ينزع عنها ثيابها إلا الفرو والحشو لأن في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الألم إلى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان وتضرب جالسة لما روينا ولأنه أستر لها **قال** وإن حفر لها في الرجم جاز لأنه عليه السلام حفر للغامدية إلى ثندوتها وحفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية وإن ترك لا يضره لأنه عليه السلام لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر أحسن لأنه أستر ويحفر إلى الصدر لما روينا

على الستر فيكتفى بتشهير الحد فقط بلا زيادة وقوله غير ممدود وقيل المدان يلقى على الأرض كما يفعل في زماننا وقيل أن يمد السوط بأن يرفعه الضارب فوق رأسه وقيل أن يمده بعد الوقوع على جسد المضروب على الجلد وفيه زيادة ألم وقد يفضي إلى الجرح وكل ذلك لا يفعل فلفظ ممدود يعمم في جميع معانيه لأنه في النفي مجاز تعميمه فإن امتنع الرجل فلم يقف ولم يصبر لا بأس بربطه على أسطوانة أو يمسك **قوله** وإن كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الإماء وهو أيضا مما عرف من أول الكلام ولا فرق بين الذكر والأنثى بتنقيح المناط فرجع به إلى دلالة النص بناء على أنه لا يشترط في الدلالة أولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل المساواة تكفي فيه وقول بعضهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهي تغليب الذكور والنص عليهن فقط لأن الكلام كان في تزوج الإماء بقوله ومن لم يستطع منكم طولا إلى قوله من فتياتكم المؤمنات ثم تمم حكمهن إذا زنين ولأن الداعية فيهن أقوى وهو حكمة تقديم الزانية على الزاني في الآية وهذا الشرط أعني الإحصان لا مفهوم له فإن على الأرقاء نصف المائة أحصنوا أو لم يحصنوا وأسند أبو بكر الرازي إلى أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن قال إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحبل والقائلون بمفهوم المخالفة يجوزون أن لا يراد بدليل يدل عليه وروى مسلم وأبو داود والنسائي عن علي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم من أحصن ومن لم يحصن ونقل عن ابن عباس وطاوس أن لا حد عليها حتى تحصن بزوج وعلى هذا هو معتبر المفهوم إلا أنه غير صحيح وقرئ فإذا أحصن بالبناء للفاعل وتأول على معنى أسلمن وحين ألزم سبحانه نصف ما على المحصنات إذا أحصن لزم أن لا رجم على الرقيق لأن الرجم لا يتنصف ولأن الرق منصف للنعمة فتنقص العقوبة به لأن الجناية عند توفر النعم أفحش فيكون أدعى إلى التغليظ ألا ترى إلى قوله سبحانه يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين

قوله والرجل والمرأة في ذلك سواء لشمول النصوص إياهما فإن كان كل منهما محصنا رجما ولا يفعل كل الجلد أو أحدهما محصنا فعلى المحصن الرجم وعلى الآخر الجلد وكذلك في ظهور الزنا عند القاضي بالبينة أو الإقرار يكون على ما سنذكره وقوله غير أن المرأة الخ استثناء من قوله سواء فلا ينزع عن المرأة ثيابها إلا الحشو والفرو ولأن في تجريدها كشف العورة لأن بدنها كله عورة إلا ما عرف وجهه ظاهر وتضرب المرأة جالسة لما روينا يعني من كلام علي رضي الله عنه ولأنه أستر لها **قوله** فإن حفر لها في الرجم جاز لهذا ولذا كان حفر عليه السلام للغامدية إلى ثندوتها والثندوة بضم الثاء والهمزة مكان الواو وفتحها مع الواو مفتوحة ثدي الرجل ولحم الثديين والدال مضمومة في الوجهين وما قيل الثدي للمرأة والثندوة للرجل غير صحيح لحديث الذي وضع سيفه بين ثدييه وكذا حفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية بسكون الميم وهي قبيلة كانت عيبة علي رضي الله عنه وقد مدحهم وقال في مدحه لهم فلو كنت بوابا على باب جنة لقلت لهمدان ادخلوا بسلام وتقدم حديث شراحة وفيه من رواية أحمد عن الشعبي أنه حفر لها إلى السرة ثم قال المصنف إن ترك الحفر لم يضره لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر بذلك يعني لم يوجبه بناء على أن حقيقة الأمر هو الإيجاب وقال إنه عليه السلام حفر للغامدية ومعلوم أن ليس المراد إلا أنه أمر بذلك فيكون مجازا عن أمره إلا أن كانت مناقضة غريبة فإن مثلها إنما يقع عند بعد العهد لما معه في سطرين

ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام ما حفر لماعز ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي رحمه الله له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه

غريب وهو هنا كذلك **قوله** ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام لم يحفر لماعز وتقدم من رواية مسلم وتقدم من رواية ايضا من حديث ابي بريدة الاسلمي انه حفر له وهو منكر لمخالفته الروايات الصحيحة المشهورة والروايات الكثيرة المتظافرة **قوله** ولان مبنى الحد على التشهير في الرجال لا حاجة الى التخصيص بل الحد مطلقا مبني على التشهير غير انه يزاد في تشهيره في حق الرجل لانه لا يضره ذلك ويكتفى في المرأة بالاخراج والاتيان بها الى مجمع الامام والناس خصوصا في الرجم واما في الجلد فقد قال تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين اي الزانية والزاني فيستحب ان يامر الامام طائفة اي جماعة ان يحضروا اقامة الحد وقد اختلف في هذه الطائفة فعن ابن عباس رضي واحد وبه قال احمد وقال عطاء واسحاق اثنان وقال الزهري ثلثة وقال الحسن البصري عشرة وعن الشافعي ومالك اربعة واما قوله والربط والامساك غير مشروع فلما تقدم من قول ابن مسعود رضي ليس في هذه الامة تجريد ولا مد ولان ماعزا انتصب لهم قائما لم يمسك ولم يربط الا ان لا يصبروا واعياهم فحينئذ يمسك ويربط فاذا هرب في الرجم وان كان مقرا لا يتبع وترك وان كان مشهودا عليه اتبع ورجم حتى يموت لان هربه رجوع ظاهرا ورجوعه يعمل في اقراره لا في رجوع الشهود وذكر الطحاوي في صفة الرجم ان يصفوا ثلاثة صفوف كصفوف الصلوة كلما رجمه صف تنحوا ولم يذكره في الاصل بل هي حديث علي رضي في قصة شراحة على ما قدمناه من رواية البيهقي عن الاجلح عن الشعبي وفيه احاط الناس بها واخذوا الحجارة قال ليس هكذا الرجم اذن يصيب بعضكم بعضا صفوا كصف الصلوة صفا خلف صف الى ان قال ثم رجمها ثم امرهم فرجم صف ثم صف ثم صف ولا يقام حد في مسجد باجماع الفقهاء ولا تعزير الا ما روي عن مالك انه لا باس بالتاديب في المسجد خمسة اسواط قال ابو يوسف اقام ابن ابي ليلى الحد في المسجد فخطاه ابو حنيفة وفي الحديث انه عم قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع اصواتكم وشراءكم وبيعكم واقامة حدودكم وجمروها في جمعكم وضعوا على ابوابها المطاهر ولانه لا يؤمن خروج النجاسة من المحدود فيجب نفيه عن المسجد **قوله** ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي ومالك واحمد يقيمه بلا اذن وعن مالك الا في الامة المزوجة واستثنى الشافعي من المولى ان يكون ذميا او مكاتبا او امرأة وهل يجري ذلك على العموم حتى لو كان قتلا بسبب الردة او قطع الطريق او قطعا للسرقة ففيه خلاف عندهم قال النووي الاصح المنصوص يعم لاطلاق الخبر وفي التهذيب الاصح ان القتل والقطع الى الامام لهم ما في الصحيحين من حديث ابي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير قال ابن شهاب لا ادري ابعد الثالثة او الرابعة والضفير الحبل وفي السنن عنه عم اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم ولانه يملك تعزيره صيانة لملكه عن الفساد فكذا الحدود ولان له ولاية مطلقة عليه حتى ملك منه ما لا يملك الامام من التصرف فملك الاقامة عليه اولى من الامام ولنا ما روى الاصحاب في كتبهم عن ابن مسعود وابن عباس رضي وابن الزبير رضي موقوفا ومرفوعا اربع الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء ولان الحد خالص حق الله تعالى فلا يستوفيه الا نائبه وهو الامام وهذا الاستدلال يتوقف على صحة هذا الحديث وكونه حق الله فانما يستوفيه نائبه مسلم ولكن الاستنابة تعرف بالسمع وقد دل على انه استناب في حده المتوجه منه على الارقاء مواليهم بالحديث السابق ودلالته على الاقامة بنفسه ظاهرة وان كنا نعلم انه ليس المراد الاقامة بنفسه فانه لو امر به عبيده كان ممتثلا فيجاز كون المراد ذكره الامام ليأمر باقامته لكن ما لم يثبت المعارض المذكور لا يجب الحمل على ذلك بل على الظاهر المتبادر من

تنبيه

قال واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر اغلظ

قول القائل اقم فلان الحد على فلان او جلد فلان فلانة والمتبادر انه باشره او امر به على ان المتبادر واحد واكثر فيها الا في ثلاثة بها فان مع رفعه الى الحاكم ليه ونعم من استقرأ اجتهاده على ان اقامة الحدود الى الامام فالمتبادر اليه من ذلك اللفظ الاخير بخصوصه **قوله واحصان الرجم ان يكون** حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان قيد باحصان الرجم لان احصان القذف غير هذا كما سيأتي والاحصان في اللغة المنع قال تعالى لتحصنكم من بأسكم فاطلق في استعمال الشارع بمعنى الاسلام وبمعنى العقل وبمعنى الحرية منه ان ينكح المحصنات وبمعنى التزويج وبمعنى الاصابة في النكاح وبمعنى العفة يقال احصنت اي عفت واحصنها زوجها قال في المبسوط المتقدمون يقولون ان شرائط الاحصان سبعة وعدد ما ذكرنا ثم قال فاما العقل والبلوغ فهما شرط الاهلية للعقوبة والى ذلك اشار المصنف بقوله فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة والحرية شرط تكميل العقوبة لا شرط الاحصان على الخصوص وشرط الدخول ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب والثيب لا يكون الا بالدخول انتهى واختلف في اثنين من هذه الاسلام وسيذكره المصنف وكون كل واحد من الزوجين مساويا للآخر في شرائط الاحصان وقت الاصابة بحكم النكاح فهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل امة او صبية او مجنونة او كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصنا بهذا الدخول حتى لو زنى بعده لا يرجم عندنا خلافا له وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد او مجنون او صبي ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت ولو تزوج مسلم ذمية فاسلمت بعدما دخل بها ثم قبل ان يدخل بها بعد الاسلام اي ليطأها زنا لا يرجم وكذا لو اعتقت الامة التي هي زوجة الحر البالغ العاقل المسلم بعدما دخل بها لا يرجم لو زنى ما لم يطأها بعد الاعتاق وعلى هذا لو بلغت بعدما دخل بها وهي صغيرة وكذا لو كانت تحته حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل احصانهما فاذا اسلما لا يعود احصانهما حتى يدخل بها بعد الاسلام وقولنا يدخل بها في نكاح صحيح اعني تكون الصحة قائمة حال الدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحا فلو دخل بها عقيبه لا يصير محصنا لوقوع الطلاق قبله واعلم ان الاضافة في قولنا شرائط الاحصان ينبغي ان تكون بيانية اي الشرائط التي هي الاحصان وكذا شرط الاحصان والحاصل ان الاحصان الذي هو شرط الرجم هي المأثورة في اجزائه وهو هيئة تكون باجتماعها في اجزاء علة وكل جزء علة واحدة شرط وجوب الرجم والمجموع علة لوجود الشرط المسمى بالاحصان والشرط يثبت سمعا وقياسا على ما اختاره فخر الاسلام وغيره لا يقال كما ان الحد لا يثبت قياسا فكذا شرطه لانا نقول بل يجب ان يثبت شرطه قياسا لان عدم جواز نفس الحد انما هو لعدم المعقولية او لانه لا يثبت بما ازدادت فيه شبهة واثبات الشرط احتيال للدرء لا للايجاب بقي الشأن في تحقيقه وقد اثبت المصنف شرطيتها في صفة الاحصان مع غيره بقوله بانها من جلائل النعم فان من النعم كون كل من الزوجين مكافيا للآخر في صفاته الشريفة ثم قال وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به اي باستجماعها وان انيط بكلها يلزم ان ينتفي الحد بانتفاء كل منها ومن جملتها كون كل مثل الآخر فيلزم اشتراطه لظهور اثر عدمه الشبهة في درء الحد وعدم تماثلهما شبهة في قصور الصارف فيندرئ به وبيانه ما ذكر في بيان كونها من جلائل النعم الصارفة عن الزنا لكمال اندفاع حاجته الى الوطء عنده فكونه بالغا لان الصغير لا يكمل فيه رغبة الكبيرة وبالعكس وكذا المجنونة لا يرغب فيها بل تنفر

والشافعي رحمه الله يخالفنا في اشتراط الإسلام وكذا أبو يوسف رحمه الله في رواية لهما ما روي أن النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن

محل لقوة الطباع وكذا ينفر المسلم عن صحبته من يفارقه في دينه منها وكذا يرى الحر انحطاطا بتزوج الرقيق فلا تكمل الرغبة من الجانبين في ذاك بكمال الصارف وفيه تكامل النعمة كانت الجناية عندها أفحش فناسب كون العقوبة أغلظ فشرعت كذلك وهو الرجم عند اجتماعها فيضبط به أي بالاستجماع لها بخلاف الشرف والعلم لأن الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي ممتنع ووجه عدم اعتبارهما في تكميل العقوبة أنه لا مدخل لهما في تكميل الصارف وإن كانتا من جلائل النعم وذلك هو المعتبر وأورد كيف يتصور كون الزوج كافرا وهي مسلمة كما يفيده ما ذكر في نفرة المسلم أجيب بأن يكونا كافرين فيسلم هي فيطأها قبل عرض القاضي الإسلام عليه وآبائه وما لم يفرق القاضي بينهما بآبائه هما زوجان **قوله** والشافعي رحمه الله يخالفنا في اشتراط الإسلام أي في الإحصان وكذا أبو يوسف رحمه الله في رواية وبه قال أحمد وقول مالك كقولنا فلو زنى الذمي الثيب الحر يجلد عندنا ويرجم عندهم لهم ما في الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر أن اليهود جاؤا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا له أن امرأة منهم ورجلا زنيا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شأن الرجم فقالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم إن فيها الرجم فأتوا بالتوراة فنشروها فوضع أحدهم يده على آية الرجم فقرأ ما قبلها وما بعدها فقال له عبد الله ارفع يدك فرفع يده فإذا فيها آية الرجم فقال صدق يا محمد فأمر بهما النبي صلى الله عليه وسلم فرجما والذي وضع يده على آية الرجم عبد الله بن صوريا وأجاب المصنف بأنه إنما رجمهما بحكم التوراة فإنه سألهم عن ذلك أولا وأن ذلك إنما كان عند ما قدم عليه الصلاة والسلام المدينة ثم نزلت آية حد الزنا وليس فيها اشتراط الإسلام في الرجم ثم نزل حكم الإسلام بالرجم باشتراط الإحصان وإن كان غير متلو وعلم ذلك من قوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن رواه إسحاق بن راهويه في مسنده أخبرنا عبد العزيز بن محمد عبد الله عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أشرك بالله فليس بمحصن قال إسحاق رفعه مرة فقال عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ووقفه مرة ومن طريقه رواه الدارقطني في سننه وقال لم يرفعه غير إسحاق بن راهويه ويقال إنه رجع عن ذلك والصواب أنه موقوف قال في الغاية ولفظ إسحاق كما تراه ليس فيه رجوع وإنما ذكر عن الراوي أنه مرة رفعه ومرة أخرجه مخرج الفتوى ولم يرفعه ولا شك أن مثله بعد صحة الطريق إليه محكوم برفعه على ما هو المختار في علم الحديث من أنه إذا تعارض الرفع والوقف حكم بالرفع وبعد ذلك إذا خرج من طريق فيها ضعف لا يضر وأما قوله عليه السلام لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الأمة ولا الحرة العبد فالله أعلم به معنا رواه الدارقطني وابن عدي من حديث أبي بكر بن أبي مريم عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك أنه أراد أن يتزوج يهودية فقال له لا تتزوجها فإنها لا تحصنك وضعفه بابن أبي مريم وعلي بن أبي طلحة لم يدرك كعبا لكن رواه بقية بن الوليد عن عتبة بن تميم عن علي بن أبي طلحة عن كعب وهو منقطع وأنت تعلم أن الانقطاع عندنا داخل في الإرسال بعد عدالة الرواة وبقية قدمنا الكلام فيه أول هذا الشرح والله أعلم وعلى كل حال هو شاهد للحديث الأول فيحتج به لا معنى لفصل المصنف بين الحديث والحديث الأول بالفروع التي ذكرها وهما معا في عرض واحد وهو الاحتجاج عن أبي يوسف ومن معه بل كان الوجه جمعهما ثم يقول هذا ما ذكرنا واعلم أن الأسهل مما ادعى أن يقال حين رجمهما ما كان الرجم ثبتت مشروعيته في الإسلام وهو الظاهر من قوله عليه السلام ما تجدون في التوراة في شأن الرجم ثم الظاهر كون اشتراط الإسلام لم يكن ثابتا إلا لم يرجمهم لانتساخ شريعتهم وإنما يحكم بما أنزل الله إليه وإنما سألهم عن الرجم في التوراة ليبكتهم بتركهم ما أنزل عليهم فحكم

والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها وفي المنكوحة المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وابو يوسف رحمه الله يخالفنا في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد **قال** ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد لانه عليه السلام لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه **قال** ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي رحمه الله يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام

برجمهما بشريعة الموافق لشرعهم واذا لزم كون الرجم كان ثابتا في شرعنا حال رجمهم بلا اشتراط الاسلام وقد ثبت الحديث المذكور المفيد لاشتراط الاسلام وليس تاريخ يعرف به تقدم اشتراط الاسلام على عدم اشتراطه او تأخره فيكون رجم اليهوديين وقوله المذكور متعارضين فيطلب الترجيح والقول مقدم على الفعل وفيه وجه آخر وهو ان تقديم هذا الفعل يوجب درء الحد وتقديم ذلك الفعل يوجب الاحتياط في ايجاب الحد والاولى في الحدود ترجيح الدافع عن التعارض ولا يخفى ان كل مرجح فهو محكوم بتأخره اجتهادا ولقد طاح بهذا دفع بعض المعترضين **قوله** والمعتبر في الدخول المحقق للاحصان الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وهو بغيبوبة الحشفة فقط انزل او لم ينزل وقوله حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة الخ تقدم بيانه **قوله** ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم وهو قول مالك والشافعي ورواية عن احمد ويجمع في رواية اخرى عنه واهل الظاهر كذلك للجمهور انه عم لم يجمع وهذا على وجه القطع في ماعز والغامدية وصاحبة العسيف تظافرت الطرق عنه عم انه بعد سؤاله عن الاحصان وتلقينه الرجوع لم يزد على الامر بالرجم فقال اذهبوا به فارجموه وقال اغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل فاجلدها ثم ارجمها وقال في باقي الحديث فاعترفت فامر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت وكذا في الغامدية والجهنية ان كانت غيرها لم يزد على الامر برجمها وتكرر ولم يزد احد على ذلك فقطعنا بانه لم يكن غير الرجم فقوله عم خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم او رمي بالحجارة يجب قطعا كونه منسوخا قال ولان الجلد يعرى عن المقصود وهو الانزجار او قصد الانزجار لان القتل اذا كان لاحقا كان الجلد خلوا عن الفائدة الدنيوية التي لها شرع الحد والنسخ قد تحقق في حق الزنا فانه كان اولا الاذى باللسان على ما امر به تم من قوله واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ثم نسخ بالحبس في حقهن بقوله واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم الى قوله فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت او يجعل الله لهن سبيلا فانه كان قبل سورة النور لقوله عم خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا والا لقال خذوا عن الله ولا يخفى ان ذلك غير لازم والصواب ما ذكرنا من القطع بانه لم يجمع بين الجلد والرجم فلزم نسخه فان لم يعلم خصوص الناسخ واما جلد علي رض شراحة ثم رجمها فاما لانه لم يثبت عنده احصانها الا بعد جلدها او هو رأي لا يقاوم اجماع الصحابة ولا ما ذكرنا من القطع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم **قوله** ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما وكذا احمد والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح وله في العبد اقوال يغرب سنة نصف سنة لا يغرب اصلا واما تغريب المرأة فمع محرم واجرته عليها في قول وفي بيت المال في قول وهو ممتنع ففي قول يجبره الامام وفي قول لا ولو كانت الطريق آمنة ففي تغريبها بلا محرم قولان لقوله عم خذوا عني الحديث **قوله** لقوله عم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام اخرجه مسلم وابو داؤد والترمذي من رواية عبادة بن الصامت عنه عم خذوا عني الحديث وتقدم لان فيه حسم مادة الزنا لقلة المعارف لانه هو الداعية الى ذلك ولذا قيل لامرأة من العرب ما حملك على الزنا مع فضل عقلك قالت طول السواد وقرب الوساد والسواد المسارة من ساده اذا ساره ولنا قوله تع الزانية والزاني فاجلدوا شارعا في بيان حكم الزنا ما هو فكان المذكور تمام حكمه والا كان تجهيلا اذ يفهم انه تمام الحكم وليس تمامه في الواقع فكان مع الشروع في البيان ابعد من ترك البيان لانه يوقع في الجهل المركب وذلك في البسيط ولانه هو المفهوم لانه جعل جزاء للشرط فيفيد ان الواقع هذا فقط

ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور ولان في التغريب
فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا
وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضه كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب
بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه الا ان يرى الامام في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى
وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الراي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة

فلو ثبت معه شيء آخر كان مثبته معارضا لا مثبتا لما سكت عنه الكتاب وهو الزيادة الممنوعة واما ما قيل في كلام بعضهم من ان الزيادة بخبر الواحد
اثبات ما لم يوجبه القرآن وذلك لا يمتنع والا لبطلت اكثر السنن وانها ليست نسخا وتسميتها نسخا مجرد اصطلاح ولذا زيد في عدة المتوفى عنها
زوجها الاحداد على المامور به في القرآن وهو التربص فهو يفيد عدم معرفة الاصطلاح وذلك انه ليس المراد من الزيادة اثبات ما لم يتعرض
القرآن لم ينفه لا يقول بهذا عاقل فضلا عن عالم بل تقييد مطلق على ما عرف من ان الاطلاق مما يراد وقد دل عليه باللفظ المطلق وباللفظ
يفاد المعنى فاذا كان الاطلاق مرادا بالتقييد ينتفي حكمه عن بعض ما اثبته فيه اللفظ المطلق ثم لا شك ان هذا نسخ فهو بخبر الواحد لا يجوز نسخ الكتاب
ونقل المعترض ان الاحداد زيادة غلط لانه ليس تقييدا للتربص والا لو تربصت ولم تحد من تربصها حتى انقضت العدة لم تخرج عن العهدة
وليس كذلك بل تكون عاصية بترك واجب في العدة لانها اثبتت الحديث واجبا لا انه قيد مطلق الكتاب نعم ورد عليه ان هذا الخبر مشهور
تلقته الامة بالقبول فتجوز الزيادة به اتفاقا والمصنف رحمه عدل عن هذه الطريقة فلا يلزمه ذلك الى ادعاء نسخ هذا الخبر مستانسا له بنسخ شطره
الثاني وهو الدال على الجمع بين الجلد والرجم فكذا النصف الآخر وانت تعلم ان هذا ليس بلازم بل تجوز بان يروى ما احدهما منسوخ وبعضها لا
ولو سلك الطريق الاول وادعى انه آحاد لا مشهور وتلقي الامة بالقبول ان كان اجماعهم على العمل به فممنوع لظهور الخلاف وان كان اجماعهم
على صحته بمعنى صحة سنده فكثير من اخبار الآحاد كذلك فلم يخرج بذلك عن كونها آحادا وقد خطئ من ظنه ليصير قطعيا وادعى فيما رواه البخاري
ذلك وغلط على ما عرف في موضعه واذا كان آحادا وقد تطرق اليه احتمال النسخ بقرينة نسخ شطره فلا شك انه ينزل عن الآحاد التي لم يتطرق ذلك اليها
فاحرى ان لا ينسخ به افادة الكتاب ان جميع الموجب الجلد فانه يعارضه قيل ان الكتاب ساكت عن نفي التعذيب فكيف وليس فيه ما يدل على ان الواجب من التعذيب ليس الا الحد
فان اقصى ما فيه لا انه قوله البكر بالبكر جلد مائة وتعذيب عام وهو عطف واجب على واجب وهو لا يقتضيه بل ما في البخاري من قول ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفي عام واقامة الحد ظاهر في ان النفي ليس في الحد لعطفه عليه وكونه استعمل الحد في جزء مسماه وعطف
على الجزء الآخر بعيد ولا دليل يوجبه وما ذكر من الالفاظ لا يفيده وجاز كونه تعذيبا للمصلحة واما مالك رح فراى ان الحديث ما دل الا
على الرجل بقوله البكر بالبكر فلم تدخل المرأة ولا شك انه كغيره من المواضع التي تثبت الاحكام في النساء بالنصوص المفيدة اياها للرجال
بتنقيح المناط وايضا فان نفس الحديث يجب ان يشملهن فانه قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر الحديث
فنص على ان النفي والجلد سبيل لهن والبكر يقال على الانثى الا ترى الى قوله البكر تستاذن ثم عارض ما ذكر الشافعي من المعنى
بان في النفي فتح باب الفتنة لانفرادها عن العشيرة وعمن تستحي منهم ان كان لها شهوة قوية فتفعله وقد تفعله لحامل آخر وهو حاجتها
الى ما يقوم باودها ولا شك ان هذا المعنى في افضائه الى الفساد ارجح مما ذكره من افضاء مقاربة المعارف الى عدم الفساد خصوصا في مثل
هذا الزمان لمن يشاهد احوال النساء والرجال فيترجح عليه ويؤيده ما روى عبد الرزاق ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار اخبرنا
ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال قال عبد الله بن مسعود رضه في البكر يزني بالبكر يجلدان مائة وينفيان سنة
قال وقال علي ابن ابي طالب رضه حسبهما من الفتنة ان ينفيا وروى محمد بن الحسن اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي
قال كفى بالنفي فتنة وروى عبد الرزاق اخبرنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال غرب عمر رضه ربيعة بن امية بن خلف في الشراب

وإذا زنى المريض وحده الرجم رجم لأن الإتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وإن كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي إلى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد وإذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي إلى هلاك الولد وهو نفس محترمة وإن كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها أي ترتفع يريد به تخرج منه لأن النفاس نوع مرض فيؤخر إلى زمان البرء بخلاف الرجم لأن التأخير لأجل الولد وقد انفصل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يؤخر إلى أن يستغني ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته لأن في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي أنه عليه السلام قال للغامدية بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الإقرار لأن الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس والله أعلم

إلى خيبر فلحق بهرقل فتنصر فقال عمر لا أغرب بعده مسلما نعم لو غلب على ظن الإمام مصلحة في التغريب تعزيرا له أن يفعله وهو محل التغريب الواقع للنبي صلى الله عليه وسلم وللصحابة من أبي بكر وعمر وعثمان وفي الترمذي ثنا كريب ويحيى بن أكثم قالا ثنا عبد الله بن إدريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب وأن أبا بكر ضرب وغرب وأن عمر ضرب وغرب إلا أنه قال حديث غريب هكذا رواه غير واحد عن عبد الله بن إدريس عن عبيد الله فرفعوه ورواه بعضهم عن ابن إدريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر ضرب وغرب الحديث وهكذا روي في رواية ابن إدريس عن عبيد الله بن عمر ومن رواية محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر لم يقولوا فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انتهى وقال الدارقطني بعد أن ذكر رواية ابن نمير وأبي سعيد الأشج عن ابن إدريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر ضرب وغرب الحديث لم يقل فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم هو الصواب لكن رواه النسائي ثنا محمد بن العلاء ثنا عبد الله بن إدريس به مرفوعا ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وذكره ابن القطان من جهة النسائي وقال رجاله ليس فيهم من يسأل عنه لثقته وشهرته وقال أيضا عندي أن الحديث صحيح ولا يمتنع أن يكون عند ابن إدريس فيه عن عبيد الله جميع ما ذكر والحاصل أن في ثبوته عنه صلى الله عليه وسلم اختلافا بين الحفاظ وأما عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما فلا اختلاف فيه وقد أخرج ذلك عنهما أيضا في الموطأ وأما روايته عن عثمان ففي مصنف ابن أبي شيبة ثنا جرير عن مغيرة عن ابن يسار عن مولى لعثمان قال جلد عثمان امرأة في زنا ثم أرسل بها إلى مولى له يقال له المهري إلى خيبر نفاها إليه فهذا التغريب المروي عمن ذكرنا كما غرب عمر رضي الله عنه نصر بن حجاج وغيره بسبب أنه لجماله افتتن به بعض النساء حتى سمع قول قائلة هل من سبيل إلى خمر فأشربها أم من سبيل إلى نصر بن حجاج إلى فتى ماجد الأعراق مقتبل سهل المحيا كريم غير ملجاج وذلك لا يوجب نفيا وعلى هذا كثير من مشايخ السلوك المحققين رضي الله عنهم وحشرنا معهم يغربون المريد إذا بدا منه قوة نفس ولجاج لتنكسر نفسه وتلين ومثل هذا المريد ومن هو قريب منه هو الذي ينبغي أن يقع عليه رأي القاضي في التغريب لأن مثله في ندم وشدة وإنما نال زلة لغلبة النفس أما من لم يستحي وله حال عنهم عليه لغلبة النفس فنفيه لا شك أنه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه قوله وإذا زنى المريض وحده الرجم بأن كان محصنا حد لأن المستحق قتله ورجمه في هذه الحالة أقرب إليه وإن كان حده الجلد لا يجلد حتى يبرأ لأن جلده في هذه الحالة قد يؤدي إلى هلاكه وهو غير المستحق عليه ولو كان المرض لا يرجى زواله كالسل أو كان خداجا ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعي يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ فيضرب به دفعة وقد سمعت في كتاب الأيمان أنه لا بد من وصول كل شمراخ إلى بدنه وكذا قيل لا بد أن يكون مبسوطة ولخوف التلف لا يقام الحد في البرد الشديد والحر الشديد بل يؤخر إلى اعتدال الزمان وهذا في البرد عند من يرى تجديد الحد وظاهر لأنه قد يمرض أما الحر فإنهم لو كان ضرب الحد مبرحا جارحا فذلك لكنه شديد غير مبرح ولا جارح فلا يقتضي الحال تأخير حده للبرد والحر بخلاف القطع على ما ذكره المصنف فإنه جرح عظيم يخاف منه السراية بسبب شدة الفصلين قوله وإذا زنت الحامل لا تحد حتى تضع حملها وجلدها كيلا يؤدي إلى هلاك الولد لأنه نفس محترمة لأنه مسلم لا جريمة منه فلو ولدت أو كانت نفساء فحتى تتعالى من نفاسها في الجلد ولو طالت في التأخير وتقول لم أضع بعد أو شهد على إقرارها بالزنا فقالت أنا حبلى ترى النساء ولا يقبل قولها فإن قلن هي حامل أجلها حولين فإن لم تلد رجمها ثم الحبلى تحبس إن ثبت زناها بالبينة

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطي الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطي الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك

الى ان تلد وان ثبت بالاقرار لا تحبس لعدم الفائدة لان لها الرجوع متى شاءت وعن ابي حنيفة اذا ولدت لا تحد حتى تفطم الولد اذا لم يكن له من يربيه وتقدم في حديث الغامدية انه ردها حتى تستغني فرجعت ثم جاءت وفي يده كسرة وقالت ها قد فطمته وفي حديث آخر قال اذهبي حتى تضعي ما في بطنك قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال اذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقال رجل من الانصار الي رضاعه قال فرجمها وهذا يقتضي انه رجمها حين وضعت بخلاف الاول والطريقان في مسلم وهذا اصح طريقا لان في الاول بشير بن المهاجر وفيه مقال وقد يحتمل ان يكون امرأتين ووقع في الحديث الاول تسميتها اي الازدية وفي حديث عمران بن حصين جاءت امرأة من جهينة وفيه رجمها بعد ان وضعت

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه لما كان الكتاب انما هو معقود لبيان الحدود وكان الحد هو المقصود الاصلي فلزم الابتداء بتعريفه لغة وشرعا ففعل المصنف ذلك ثم اراد تقديم حد الزنا فقدمه واعطى احكامه لانها هي المقصود وذلك بثبوت سببه وحاصل احكامه كيفية ثبوته وشروطها وكيفية اقامته وشروطها فكان لتصور حقيقة السبب الذي هو الزنا بالنسبة الى مقصود الكتاب تابعا وان كان بالنسبة الى التحقق في الوجود اولا فاخر المصنف تعريفه الى ان فرغ من المقاصد الاصلية وذكر ان الزنا في عرف اهل اللغة والشرع يعني لم يزد عليه في الشرع قيد وعرفه على هذا التقدير بانه وطي الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك وهذا لان في اللغة معنى الملك امر ثابت قبل مجيء هذا الشرع وان كان هو في نفسه امرا شرعيا لكن ثبوته بالشرع الاول بالضرورة والناس لا يتركوا سدى في وقت من الاوقات فيكون معنى الملك امرا مشروعا من بعث آدم او من قبل بعثه بوحي يخصه او يخص الملك فكان ثبوته شرعا مع اللغة مطلقا في الوجود الدنيوي سواء كانت اللغة عربية او غيرها مخصوصة بالديني فان كان الوضع قبلها فثبوت المسمى في الديني والوضع لمعنى معقول قبل تحققه ولا شك في انه تعريف الزنا في اللغة والشرع فان الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد منه بل هو اعم والموجب للحد منه بعض انواعه ولذا قال عم العينان تزنيان وزناهما النظر ولو وطي رجل جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا فدل على ان فعله زنا وان كان لا يحد به فلولا قول المصنف الموجب للحد هو الزنا وهو في عرف الشرع الخ لصح تعريفه ولم يزد عليه شيء لكنه لما كان ذلك كان ظاهرا في قصده الى تعريف الزنا الموجب للحد ورد على طرده وطي الصبية التي لا تشتهى ووطي المجنون والمكره بخلاف الصبي فان الجنس وطي الرجل فالاولى في تعريفه انه وطي مكلف طائع مشتهاة حالا او ماضيا في القبل بلا شبهة ملك في دار الاسلام فتخرج زنا الصبي والمجنون والمكره والصبية التي لا تشتهى والميتة والبهيمة ودخل وطي العجوز ولكن يرد على عكسه زنا المرأة فانه زنا فلا يصدق عليه جنس التعريف وما اجيب به من ان زناها يدخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا ان كان معناه ان لها زنا حقيقة وان ذلك التمكين هو المسمى زنا لغة وتسمى هي زانية حقيقة لغوية بالتمكين فلا شك في انه لا يشمله الجنس الذي هو وطي المكلف لانه ليس هو عين تمكين المرأة فيفسد الحد بحاله وكون فعلها تبعا لفعله انما هو في الوجود الخارجي والكلام في تناول اللفظ وان اريد انها لا تسمى زانية حقيقة اصلا وان تسميتها في قوله تعالى الزانية والزاني بطريق المجاز ولا حاجة الى انه تبع بل لا يجوز ادخاله في التعريف وعلى هذا كلام السرخسي والمصنف وغيرهما في مسئلة ما اذا مكنت البالغة نفسها

لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرأوا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية

العاقلة المسلمة مجنونا او صبيا على قول ابي حنيفة لا يحد واحد منهما على ما سياتي وبما ذكرنا يظهر فساد ما اجاب بعضهم بان فعل الوطء امر مشترك بينهما واذا وجد فعل الوطء بينهما يتصف كل منهما به وتسمى هذه واطئة ولذا سماها سبحانه زانية واعجب من هذا الجواب انه قال في الايراد المذكور على التعريف مغالطة والتحقيق بان وطيه ليس يصدق على تمكينها بهو هو فاذا جعل الجنس وطء الرجل كيف ينتظم اللفظ تمكين المرأة وكون الفعل الجزئي الخارجي اذا وجد من الرجل في الخارج يستدعي فعلا آخر منها اذا كانت طائعة لا يقتضي ان اللفظ الخاص بفعله يشمله والله الموفق فالحق انها ان كانت زانية حقيقة واريد شمول التعريف لزناها فلا بد من زيادة قوله او تمكينها بل يجب ان يقال ذلك بالنسبة الى كل منهما فيقال ادخال المكلف الطائع قدر حشفته قبل مشتهاة حالا او ماضيا بلا ملك وشبهته او تمكينه من ذلك او تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقيا فقعدت على ذكره فتركها حتى ادخلته فانهما يحدان في هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين وقوله لانه فعل الى آخره تعليل لاخذ عدم الملك وشبهته في الزنا اي انما شرط ذلك لان الزنا محظور فلا بد في تحقيقه من ذلك وقوله يؤيد ذلك الحديث اي يؤيد الامرين معا وذلك انه لما افاد عدم الحرمة المطلقة بسبب درء الحد بالشبهة افاد عدمها ودرء الحد عند حقيقة الملك كما في الجارية المشتركة بطريق اولى فهو بدلالته ثم الحديث المذكور قيل لم يحفظ مرفوعا وذكر انه في الخلافيات للبيهقي عن علي رض وهو في مسند ابي حنيفة رح عن مقسم عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات واسند ابن ابي شيبة عن ابراهيم هو النخعي قال عمر بن الخطاب رض لان اعطل الحدود بالشبهات احب الي من ان اقيمها بالشبهات واخرج عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر رض قالوا اذا اشتبه عليك الحد فادرءه ونقل عن ابن حزم عن اصحابهم الظاهرية ان الحد بعد ثبوته لا يحل ان يدرء بشبهة وشنع بان الآثار المذكورة لاثبات الدرء بالشبهات ليس فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء بل عن بعض الصحابة من طرق لا خير فيها واعل ما عن ابن مسعود مما رواه عبد الرزاق عنه بالارسال وهو غير رواية ابن ابي شيبة فانها معلولة باسحاق بن ابي فروة فاما التمسك بما في البخاري من قوله عم ومن اجترء على ما يشك فيه من الاثم اوشك ان يواقع ما استبان والمعاصي حمى الله تعالى من يرتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه فانما معناه ان من جهل حرمة شيء وحله فالورع ان يمسك عنه ومن جهل وجوب امر وعدمه فلا يوجبه ومن جهل اوجب الحد ام لا وجب ان يقيمه ونحن نقول ان الارسال لا يقدح وان الموقوف في هذا له حكم المرفوع لان اسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل بل مقتضاه ان بعد تحقق الثبوت لا يرتفع بشبهة فحيث ذكره صحابي حمل على الرفع وايضا في اجماع فقهاء الامصار على ان الحدود تدرء بالشبهات كفاية ولذا قال بعض الفقهاء هذا الحديث متفق عليه وايضا تلقته الامة بالقبول وفي تتبع المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة ما يقطع في المسئلة فقد علمنا انه عم قال لماعز لعلك قبلت لعلك لمست لعلك غمزت كل ذلك يلقنه ان يقول نعم بعد اقراره بالزنا وليس لذلك فائدة الا كونه اذا قالها تركه والا فلا فائدة ولم يقل لمن اعترف عنده بدين لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه وكذا قال للسارق الذي جيء به اليه اسرقت ما اخاله سرق وللغامدية نحو ذلك وكذا قال علي رض لشراحة لعله وقع عليك وانت نائمة لعله استكرهك لعل مولاك زوجك وانت تكتمينه وتتبع مثله عن كل واحد يوجب طولا فالحاصل من هذا كله كون الحد يحتال في درئه بلا شك ومعلوم ان هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت لانه كان بعد صريح الاقرار به الثبوت وهذا هو الحاصل من هذه الآثار

على حرام وجب الحد والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابيه وامه والمطلقة ثلاثا والبائنة بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام

ومن قوله ادرؤا الحدود بالشبهات فكان هذا المعنى مقطوعا بثبوته من جهة الشرع فكان الشك فيه شكا فيما لا يقف الى قائمه ولا يعول عليه فانما يقع الاختلاف احيانا في بعض هي شبهة صالحة للدرء اولا بين الفقهاء اذا عرف هذا فنقول الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت وللفقهاء في تقسيمها وتسميتها اصطلاحات فالشافعية الشبهة ثلاثة اقسام في المحل والفاعل والجهة اما الشبهة في المحل فوطي زوجته الحائض والصائمة والمحرمة وامته قبل الاستبراء وجارية ولده ولا حد فيه ولو وطي امته المحرمة عليه برضاع او نسب او صهرية كاخته او بنته منها او امه من الرضاع وموطوءة ابيه او ابنه يجب الحد على الاظهر واما الشبهة في الفاعل فمثل ان يجد امرأة على فراشه فيطأها ظانا انها امرأته فلا حد واذا ادعى انه ظن ذلك صدق بيمينه واما الشبهة في الجهة فقال الاصحاب كل جهة صححها بعض العلماء واباح الوطي بها لا حد فيها وان كان الواطي يعتقد التحريم كالوطي في النكاح بلا ولي وبلا شهود واصحابنا قسموا الشبهة قسمين شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة اي شبهة في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك اي الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل **قوله** فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه اي من اشتبه عليه الحل والحرمة ولا دليل في السمع يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن ان جارية زوجته تحل له لظنه انه استخدام واستخدامها حلال له فلا بد من الظن والا فلا شبهة اصلا لفرض ان لا دليل اصلا لتثبت الشبهة في نفس الامر فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة اصلا والثانية وهي الشبهة الحكمية يتحقق لقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته كقوله عليه السلام انت ومالك لابيك سواء ظن الحل او علم الحرمة لان الشبهة بثبوت الدليل قائمة في نفس الامر علمها احد او لم يعلمها **قوله** والحد يسقط بكل منها لاطلاق الحديث يعني قوله ادرؤا الحدود بالشبهات **قوله** والنسب يثبت في الثانية اي في شبهة المحل اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا الفرض ان لا شبهة ملك الا ان الحد سقط لظنه فضلا من الله وهو امر راجع اليه اي الى الواطي لا الى المحل فكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطي ولذا لا يثبت به عدة لانه لا عدة من الزنا قيل هذا غير مجرى على عمومه فان المطلقة الثلث يثبت النسب منها لانه وطي في شبهة العقد ويكفي ذلك لاثبات النسب وفي الايضاح المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي ان يكون كالمطلقة ثلثا قال شارح بل هو على ظاهره وثبوت نسب المبتوتة عن ثلث او خلع ليس باعتبار وطي في العدة بل باعتبار علوق سابق على الطلاق ولذا ذكروا ان نسب ولدها يثبت الى اقل من سنتين ولا يثبت لتمام سنتين يعني لانه اذا كان لاقل من سنتين امكن اعتبار العلوق قبل الطلاق بخلاف ما اذا كان لتمامها وانت علمت في باب ثبوت النسب انها اذا جاءت به لتمام سنتين انما لا يثبت نسبه اذا لم يدعه اما اذا ادعاه فانه قد نص على انه يثبت ويحمل على وطي في العدة بشبهة والكلام هنا مطلق في عدم ثبوت النسب معللا بانه زنا محض فلا بد من الجمع بحمل احد النصين على ما هو الاولى في النظر وذلك بما ذكرنا من شبهة العقد بخلاف باقي محال شبهة الاشتباه كجارية ابيه وامه ونحوهما فانه لا شبهة عقد فيها فلا يثبت النسب بالدعوة فشبهة الفعل في ثمانية مواضع ان يطأ جارية ابيه وكذا جده وجدته وان عليا وزوجته او المطلقة ثلثا في العدة بائنا على مال وكذا المختلعة بخلاف البينونة بلا مال ففيه من الحكمية وام ولد التي اعتقها وهي في عدته والعبد يطأ جارية مولاه والمرتهن يطأ المرهونة في كتاب الحدود وهو المختار والمستعير للرهن في هذه بمنزلة المرتهن ففي هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها حرام علي وجب الحد ولو ادعى احدهما الظن والآخر لم يدع لا حد عليهما حتى يقرا جميعا بعلمهما الحرمة لان الشبهة

ثم الشبهة عند ابي حنيفة رح تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا ومن طلق امرأته ثلثا ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف

اذ ثبت في الفعل من احد الجانبين تعدت الى الآخر ضرورة والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة اذا وطيها البائع قبل تسليمها الى المشتري والمجعولة مهرا اذا وطيها الزوج قبل تسليمها الى الزوجة لان الملك فيهما لم يستقر للزوج والمشتري والمالك كان مسلطا على وطيها بتلك اليد مع الملك وتلك اليد ثابتة والملك الزائل متزلزل والمشتركة بين الواطي وغيره والمرهونة اذا وطيها المرتهن في رواية كتاب الرهن وعلمت انها ليست بالمختارة ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام لان المانع هو الشبهة وهي ههنا قائمة في نفس الحكم اي الحرمة القائمة بها فيها شبهة انها ليست بثابتة نظرا الى دليل الحل على ما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك ونحوه ولا اعتبار بمعرفته بالحرمة وعدمها وفي الايضاح في المرهونة اذا قال ظننت انها تحل لي ذكر في كتاب الرهن ان لا يحد وفي كتاب الحدود يحد ولا يعتبر ظنه لانه استيفاء من عينها بل من منافعها فلم يكن الوطي حاصلا في محل الاستيفاء فلا شبهة فعل وصار كالغريم اذا وطي جارية الميت ووجه عامة الروايات انه انعقد فيها سبب الملك في الحال ويصير مستوفيا ومالكا بالهلاك من وقت الرهن فصار كجارية اشتراها والخيار للبائع ووجه رواية كتاب الحدود ان عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال فهي كالمستاجرة اجرة للخدمة ومقتضاه ان يجب الحد وان اشتبه الا ان ملك الغير في الجملة سبب لملك المتعة وان لم يكن في الحال سببا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يمكن كونه سببا لملك المتعة وبخلاف البيع بالخيار فانه يفيد الملك حال قيام الجارية بخلاف المرهونة لا يفيد الملك مع بقائها فلا يتحقق كون ملكها سببا للاستمتاع بها لكن كما لك المنفعة هذا وقد دخل في سبب الملك صور مثل وطي جارية عبده المأذون المديون ومكاتبه ووطي البائع الجارية المبيعة بعد القبض في البيع الفاسد والتي فيها الخيار للمشتري وينبغي ان يزاد جارية التي هي اخته من الرضاع وجارية قبل الاستبراء والاستبراء يفيد غير ذلك ايضا كالزوجة التي حرمت بردتها او مطاوعتها لابنه او جماعه امها ثم جامعها وهو يعلم انها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الائمة لم يحرم به فاستحسن ان يدرأ بذلك الحد فالاقتصار على الستة لا فائدة فيها قوله ثم الشبهة عند ابي حنيفة تثبت بالعقد وان كان العقد متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت هذه الشبهة اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم فصارت الشبهة على قول ابي حنيفة ثلث شبهة الفعل وشبهة المحل وشبهة العقد وكذا قسمها في المحيط وذكر في شبهة العقد ان يطأ التي تزوجها بغير الشهود او بغير اذن مولاها وهي امة او وطي العبد من تزوجها بغير اذن مولاه قال ولو تزوج امة على حرة او مجوسية او خمسا في عقد او جمع بين اختين لو طي وقال علمت انها حرام لا حد عليه عند ابي حنيفة وعندهما يجب الحد قوله وقد نطق الكتاب لانتفاء الحل حيث قال فان طلقها يعني الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره قال وعلى ذلك الاجماع فلا يعتبر قول المخالف فيه اي في الحل وهم الامامية والزيدية القائلون بان الطلاق الثلث بكلمة لا يقع به الا واحدة فتكون حلالا لزوجها لانه خلاف بعد تقرر الاجماع فلا يعتبر لا اختلاف كائن بين الامة حال تردد الواقعة بينهم قبل تقرر الاجماع ليعتبر وهذا لما قدمناه في اول كتاب الطلاق من ان اجماع الصحابة تقرر في زمن عمر رض على ذلك وان الاحاديث الواردة في انها تكون واحدة يجب كونها كانت مقيدة الى آخر العلم فيما سلفناه

ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار في العدة ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رض فيه فمن مذهب عمر رض انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك ولا حد على من وطي جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها علي حرام لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك والابوة قائمة في حق الجد ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه

وصح عن علي رض وقوع الثلاث خلاف المنقول عنه ثم لا يخفى ان ترتيب المص بالفاء في قوله فلا يعتبر انما هو على الاجماع لا على المجموع منه ومن قوله وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل في الكتاب اذا وقع الثلث ليشتمله بعد ثنتين ولا خلاف لاحد فيها انما خلافهم في الثلاث بمرة واحدة وليس هو متناول النص **قوله** ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم لقيام العدة حتى يثبت النسب اذا ولدت وله حبسها عن الخروج وعليه نفقتها وكذا يحرم عليه نكاح اختها واربع سواها ويمتنع شهادة كل منهما لصاحبه فامكن ان يلتبس حل الوطي على بعض هذه الاحكام فيجعل الاشتباه عليه عذرا في سقوط الحد عنه بخلاف ما لو وطي امرأة اجنبية وقال ظننت انها تحل لي او جارية اجنبية على ما يأتي لانه في غير موضعه **قوله** وام الولد اذا اعتقها مولاها وهي في العدة والمختلعة والمطلقة على مال كالمطلقة ثلثا لثبوت الحرمة بالاجماع يريد حرمة ان يطأها في العدة بخلاف الرجعة فانه لا اجماع في حرمته وبخلاف ما اذا طلقها بالكناية كان قال انت خلية او امرك بيدك فاختارت نفسها ونحوه ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام لا يحد لاختلاف الصحابة بالكناية فمن مذهب عمر رض انها اي الكنايات رجعية وكذا عن ابن مسعود وفي مصنف عبد الرزاق ثنا الثوري عن منصور ثني ابراهيم عن علقمة والاسود ان ابن مسعود رض جاء اليه رجل فقال كان بيني وبين امرأتي كلام فقالت لو كان الذي بيدك من امري بيدي لعلمت كيف اصنع قال فقلت لها قد جعلت امرك بيدك فقالت انا طالق ثلث قال ابن مسعود رض اراها واحدة وانت احق بالرجعة وسألت امير المؤمنين عمر رض فقال ما قلت قال قلت اراها واحدة وهو احق بها قال وانا ارى ذلك وزاد من طريق آخر ولو رأيت غير ذلك لم تصب واخرج ابن ابي شيبة عنهما في مصنفه انهما قالا في البرية والخلية وهي مطلقة واحدة وهو املك برجعتها فاخرج محمد بن الحسن في الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي ان عمر بن الخطاب رض وعبد الله بن مسعود رض كانا يقولان في المرأة اذا خيرها زوجها فاختارته فهي امرأته وان اختارت نفسها فهي تطليقة وزوجها املك بها ومن مذهب علي في خلية وبرية انها ثلث على ما اخرجه عنه ابن ابي شيبة الى غير ذلك مما عن غيرهم فيها انها واحدة او ثلث والله اعلم وبهذا يعرف خطأ من بحث في المختلعة وقال ينبغي كونها من ذوات الشبهة الحكمية لاختلاف الصحابة في الخلع وهذا غلط لان اختلافهم فيه انما هو في كونه فسخا او طلاقا وعلى كل حال الحرمة ثابتة فان لم يقل احد ان المختلعة على المال تقع فرقتها طلاقا رجعيا وكذا لو نوى ثلثا بالكناية فوقعن ثم وطيها في العدة عن الطلاق الثلث وقال علمت انها حرام لا يحد لتحقق الاختلاف واذا كان كذلك كان هذا من قبيل الشبهة الحكمية وعرف ان تحققها لقيام الدليل والثابت هنا قيام الخلاف ولم يعتبره ابو حنيفة حتى لم يحقق النجاسة به فوجهه ان قول المخالف عن دليل قائم البتة وان كان غير معمول به كما ان قوله عم انت ومالك لابيك غير معمول به في اثبات حقيقة ملك الاب لمال ابنه نفسه وهذه المسألة تعنو فيقال مطلقة ثلث وطيت في العدة وقال علمت حرمتها لا يحد وهي ما وقوع الثلاث عليها بالكناية **قوله** ولا حد على من وطي جارية ولده وولد ولده وان كان ولده حيا وان لم تكن له ولاية تملك مال ابن ابيه حال قيام ابنه وتقدمت المسألة في باب نكاح الرقيق ثم في الاستيلاد وهذا لان الشبهة حكمية لانها عن دليل هو ما رواه ابن ماجة عن جابر بسند صحيح نص عليه ابن القطان والمنذري عن جابر ان رجلا قال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وان ابي يريد ان يجتاح مالي قال انت ومالك لابيك واخرج الطبراني في الاصغر والبيهقي في دلائل النبوة عن جابر جاء رجل الى النبي عم فقال يا رسول الله ان ابي يريد ان ياخذ مالي فقال عم ادعه الي فلما جاء قال عم ان ابنك يزعم

وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وإن قال علمت أنها علي حرام حد وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه لأن بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع محتمل فكان شبهة اشتباه إلا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا إذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لأن الفعل واحد

انك تاخذ ماله فقال سله هل هو الا عمات او قرابات او ما انفقه على نفسي وعيالي قال فهبط جبريل عليه السلام فقال يا رسول الله ان الشيخ قال في نفسه شعرا لم تسمعه اذناه قال عليه السلام قلت في نفسك شعرا لم تسمعه اذناك هاته فقال لا يزال يزيدنا الله بك بصيرة ويقينا ثم انشأ يقول ⁂ غذوتك مولودا ومنتك يافعا ⁂ تعل بما اجني عليك وتنهل ⁂ اذا ليلة ضافتك بالسقم لم ابت ⁂ لسقمك الا ساهرا اتململ ⁂ تخاف الردى نفسي عليك وانها ⁂ لتعلم ان الموت حتم موكل ⁂ كاني انا المطروق دونك بالذي ⁂ طرقت به دوني فعيناي تهمل ⁂ فلما بلغت السن والغاية التي ⁂ اليك مراما فيك كنت اؤمل ⁂ جعلت جزائي غلظة وفظاظة ⁂ كانك انت المنعم المتفضل ⁂ فليتك اذ لم ترع حق ابوتي ⁂ فعلت كما الجار المجاور يفعل ⁂ قال فبكى صلعم ثم اخذ بتلبيب ابنه وقال اذهب انت ومالك لابيك وروى حديث جابر الاول من طرق كثيرة وقول المص بعد هذا ويثبت النسب يقتضي باطلاقه ان يثبت نسب ولد الجارية من وطئ والد سيده وجده وان كان ولده الذي هو سيد الامة حيا فانه قال في وضع المسئلة لا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده ثم قال ويثبت النسب اي من واطئ جارية ولده وولد ولده لكنه انما اراد من واطئ جارية ولده فقط بدليل قوله وعليه قيمة الجارية وهو فرع تملكها والجد لا يتملكها حال حيوة الاب وما وقع في نسخ النهاية مما نقله عن خزانة الفقه لابي الليث وح اذا زنى بجارية نافلته والاب في الاحياء وقال ظننت انها علي حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحكم بغلطه وانه سقط عليه لفظة لا لان جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته ونفس ابي الليث صرح في شرح الجامع الصغير انه لا يثبت لانه محجوب بالاب وصرح به في الكافي وفي المبسوط ان من وطئ جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فان كان الاب حيا لم يثبت دعوة الجد اذا كذبه وكذا الولد لان صحة الاستيلاد تبتني على ولاية نقل الجارية الى نفسه وليس للجد ولاية ذلك في حيوة الاب ولكن ان اقر به ولد الولد عتق باقراره لانه زعم انه ثابت النسب من الجد وانه عمه فيعتق عليه بالقرابة ولا شئ على الجد من قيمة الامة لانه لم يتملكها وعليه العقر لان الوطئ ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهي البنوة فيجب العقر وكذلك ان كانت ولدته بعد موت الاب لاقل من ستة اشهر لانا علمنا ان العلوق كان في حيوة الاب وانه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها الى نفسه وان كانت ولدته بعد موته لستة اشهر فهو مصدق في الدعوة صدقه ابن الابن او كذبه لان العلوق حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب كالاب في الولاية فله ان ينقلها الى نفسه بدعوة الاستيلاد

قوله وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وزفر يحد لقيام الوطئ الخالي عن الملك وشبهته ولا عبرة بتأويله الفاسد كما لو وطئ جارية اخته او عمته على ظن الحل وكذا اذا وطئ جارية مولاه فقال ظننت حلها لا يحد وان قال علمت حرمتها حد لان بين هؤلاء اي بين الانسان وبين ابيه وامه وزوجته والعبد وامة سيده انبساطا في الانتفاع فظن ان معه الاستمتاع بخلاف ما بين الانسان واخيه وعمه على ما ياتي فكان شبهة اشتباه الا انه زنى حقيقة فلا يحد قاذفه وقوله وكذا الجارية اي اذا قالت الجارية ظننت ان عبد مولاي او ابن مولاي او مولاي يحل لي او زوج سيدتي وكذا في الاخريين والفحل لم يدع ذلك لا يحد في ظاهر الرواية لان الفعل واحد وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يحد الفحل لان الشبهة انما تمكنت في التبع وهي المرأة لانها تابعة للزنا فلا تكون متمكنة

وان وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الملك منعدم حقيقة ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا اذا كان دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل

في الاصل بخلاف ثبوتها في جانب العبد اذا قال ظننت حلها لان الثبوت في الاصل يستتبع التبع واجيب بان الفعل لما كانت واحدا له نسبة اليهما كان ما يثبت فيه ما يتعلق بكل من طرفيه واورد عليه ما زني البالغ بصبية يحد هو دونها اجيب بان سقوط الحد عن الصبية لا لشبهة في الفعل فانه لم يثبت شبهة فوجب الحد عليه وانما تعذر ايجابه عليها لانها ليست اهلا للعقوبة بخلاف ما نحن فيه فان الشبهة لما تحققت في الفعل نفت الحد عنهما فيما اذا سقط الحد كان عليه العقر لزوجته وغيرها ولا يثبت نسب ولد ما وجاءت به جارية الزوجة وغيرها وان صدقته الزوجة انه ولده **قوله** فان وطئ جارية اخيه او عمه ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا شبهة في الملك ولا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الآخر فدعوى ظنه الحل غير معتبرة ومعنى هذا انه علم ان الزنى حرام لكنه ظن ان وطء هذه ليس زنى محرما فلا يعارض ما في المحيط من قوله شرط وجوب الحد ان يعلم ان الزنا حرام وانما يتفقه مسئلة الحربي اذا دخل دار الاسلام فاسلم فزنى وقال ظننت انه حلال لا يلتفت اليه ويحد وان كان فعله اول يوم دخل الدار لان الزنا حرام في جميع الاديان والملل لا يختلف في هذه المسئلة فكيف يقال اذا ادعى مسلم اصلي انه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد ولو اراد ان المعنى ان شرط الحد في نفس الامر علمه بالحرمة في نفس الامر فاذا لم يكن عالما لا حد عليه كان قليل الجدوى او غير صحيح لان الشرع لما اوجب على الامام ان يحد هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الامر لانه لا معنى لكونه واجبا في نفس الامر الا وجوبه على الامام لانه لا يجب على الزاني ان يحد نفسه ولا ان يقر بالزنا بل الواجب عليه في نفس الامر فيما بينه وبين الله تعالى التوبة والانابة ثم اذا اتصل بالامام ثبوته وجب الحد على الامام هذا واورد انه لو سرق من بيت اخيه وعمه ونحوهم لا يقطع فظهر ان بينهما انبساطا اجيب بان القطع منوط بالاخذ من الحرز ودخول بيت بعضهم بلا حشمة واستئذان عادة ينفي معنى الحرز فانتفى القطع اما الحد فمنوط بعدم الحل والشبهة وهو ثابت هنا **قوله** ومن زفت اي بعثت اليه غير امرأته وقال النساء هي زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر وهذه اجماعية لا نعلم فيها خلافا ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة من المشايخ ودفع بانه يثبت النسب من هذا الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه نسب فالاوجه انها شبهة دليل فان قول النساء هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء فان قول الواحد مقبول في المعاملات ولذا حل وطء الامة اذا جاءت الى رجل وقالت مولاي ارسلني اليك هدية فان كان دليلا غير صحيح في الواقع اوجب الشبهة التي يثبت معها النسب على المزفوفة العدة **قوله** ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف فان احصانه لا يسقط عنده بهذا الوطء لانه وطئها على انه نكاح صحيح معتمد دليلا ولذا يثبت النسب والمهر باجماع الصحابة فيكون وطئا حلالا ظاهرا واجيب بانه لما تبين خلاف الظاهر لم يعتبر في ايراث الشبهة في اسقاط الحد لكن سقط احصانه لوقوع الفعل زنا وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لان في شبهة المحل لا يكون الفعل زنا والحاصل انه لو اعتبر شبهة اشتباه اشكل عليه ثبوت النسب واطلقوا ان فيها لا يثبت النسب وان اعتبر شبهة محل اقتضى انه لو قال علمتها حراما علي لا يحد لكذب النساء لا يحد ويحد قاذفه والحق انه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه وكون الاخبار يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر في شبهة المحل لان الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضاه ثبوت الملك نحو انت ومالك لابيك والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعا مجرد الفعل غير انه مستثنى من الحكم المرتب عليها اعني عدم ثبوت النسب للاجماع فيه في هذه والمعتدة ظهر عدم انضباط ما عهد من احكام الشبهتين **قوله** ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد خلافا للائمة

ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله ولكن يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله
عليه الحد إذا كان عالما بذلك لأنه عقد لم يصادف محله فيلغو كما إذا أضيف إلى الذكور وهذا لأن محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات

الثلاثة مالك والشافعي وأحمد قاسوها على المزفوفة بجامع ظن الحل ولنا أن المسقط شبهة هنا أصلا سوى أن وجدها على فراشه ومجرد
وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن إليه وهذا لأنه قد ينام على الفراش غير الزوجة من حبائبها الزائرات وقراباتها
فلم يستند الظن إليه لأنه قد ينام على إلى الصباح دليل حل فكان كما لو ظن المستأجرة للخدمة والمودعة حلا له فوطئها فإنه يحد قال وكذا إذا كان أعمى لأن
الوجود على الفراش كما ذكرنا ليس صالحا لاستناد الظن إليه وتمييزه يحصل بالنغمة والحركات المألوفة فيحد أيضا إلا إذا دعاها
فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لأن الإخبار دليل وجاز تشابه النغمة خصوصا لو لم تطل الصحبة وقيد بقوله وقالت
أنا زوجتك لأنها لو فعلت بأن اقتصرت على الجواب بنعم ونحوه فوطئها يحد لأنه يمكن التمييز بأكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا
في الطمأنينة النفس إلى أنها هي (قوله ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها) بأن كانت من ذوي محارمه بنسب كأمه وابنته فوطئها
لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة وسفيان الثوري وزفر وإن قال علمت أنها علي حرام ولكن يجب المهر ويعاقب عقوبة هي أشد ما يكون من
التعزير سياسة لا حدا مقدرا شرعا إذا كان عالما بذلك وإذا لم يكن عالما لا حد ولا عقوبة تعزير وقالا والشافعي أي أبو يوسف
ومحمد والشافعي ومالك وأحمد يجب حده إذا كان عالما وكان يجب أن يوسط الضمير المنفصل فيقول فقالا هما والشافعي لما عرف
أن العطف على ضمير الرفع المتصل لا يجوز إلا أن يفصل بضمير منفصل أو غيره على قول وإلا فشاذ ضعيف وعلى هذا الخلاف كل محرمة
برضاع أو صهرية متفق عليه وأما غير ذلك ففي الكافي للحاكم الشهيد منكوحة الغير ومعتدته ومطلقته الثلاث بعد التزوج كالمحرم
قال وإن كان النكاح مختلفا فيه كالنكاح بلا ولي وبلا شهود فلا حد عليه اتفاقا لتمكن الشبهة عند الكل وكذا إذا تزوج أمة على
حرة أو تزوج مجوسية أو أمة بلا إذن سيدها أو تزوج العبد بلا إذن سيده فلا حد عليه اتفاقا أما عنده فظاهر وكذا عندهما لأن
الشبهة إنما تنتفي عندهما إذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التأبيد وفي بعض الشروح أراد بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم
والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة وأخت المرأة في عدتها والمجوسية والأمة على الحرة ونكاح العبد
والأمة بلا إذن المولى والنكاح بغير شهود ففي كل هذه لا يجب الحد عند أبي حنيفة رحمه الله وإن قال علمت أنها علي حرام وعندهما يجب
إذا علم بالتحريم وإلا فلا ثم قال لكنهما قالا فيما ليس بحرام على التأبيد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارضا حيث جعل في الكافي
على الحرة والمجوسية والأمة بلا إذن السيد وتزوج العبد بلا إذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد وجعلها هذا الشارح في محل الخلاف
فعندهما يحد وأضاف إلى ذلك ما سمعت ثم لا يخفى ما في عبارته من عدم التحريم على التأبيد لكن جعل لفظ الحاكم في الكافي في تعليل سقوط الحد في
تزوج المجوسية وما معها لأن الشبهة إنما تنتفي عندهما يعني حتى يجب الحد إذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التأبيد يقتضي أن لا يحد
عندهما في تزوج منكوحة الغير وما معها لأنها ليست محرمة على التأبيد فإن حرمتها مقيدة ببقاء نكاحها وعدتها كما أن حرمة المجوسية
مغياة بمجوسيتها حتى لو أسلمت حلت كما أن تلك لو طلقت وانقضت عدتها حلت وأنه لا يحد عندهما إلا في المحارم فقط وهذا هو الذي
يغلب على ظني والذين يعتمد على نقلهم وتحريرهم مثل ابن المنذر كذلك ذكروا فحكى ابن المنذر عنهما أنه يحد في ذات المحرم ولا يحد في غير ذلك
قال مثل أن يتزوج مجوسية أو خامسة أو متعة وعبارة الكافي للحاكم تفيد ذلك حيث قال رجل تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها

ولأبي حنيفة رح أن العقد صادف محله لأن محل التصرف ما يقبل مقصوده والأنثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي أن ينعقد في حق جميع الأحكام إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لأن الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت إلا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر

فدخل بها قال لا حد عليه وإن فعله على علم لم يحد أيضا ويوجع عقوبة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد إن علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم إلى هنا لفظه فعمم في المرأة التي لا تحل له في سقوط الحد على قول أبي حنيفة ثم خص مخالفتهما بذوات المحارم من ذلك العموم فاللفظ ظاهر في ذلك على ما عرف في الروايات وفي مسئلة المحارم رواية عن جابر رض أنه تضرب عنقه ونقل عن أحمد وإسحاق وأهل الظاهر وقصر ابن حزم قتله على ما إذا كانت امرأة أبيه قصر الحديث الآتي على مورده ولا حد لضرب عنقه في رواية أخرى ويؤخذ ماله لبيت المال وذلك لحديث البراء قال لقيت خالي ومعه راية فقلت له أين تريد قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل نكح امرأة أبيه أن أضرب عنقه وآخذ ماله وهذا الحديث رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وروى ابن ماجة عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وقع على ذات محرم منه فاقتلوه وأجيب بأن معناه أنه عقد مستحلا فارتد بذلك وهذا لأن الحد ليس ضرب العنق وأخذ المال بل ذلك لازم للكفر وفي بعض طرقه عن معاوية بن قرة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث جده معاوية إلى رجل عرس بامرأة أبيه أن يضرب عنقه ويخمس ماله وهذا يدل على أنه استحل ذلك فارتد به ويدل على ذلك أنه ذكر في الحديث عرس بها وتعريسه بها لا يستلزم وطيه إياها وغير الوطي لا يحد به فضلا عن القتل فحيث كان القتل كان للردة وهذا لا يخلو من نظر فإن الحكم لما كان عدم الحد والقتل بغير الوطي كان قتله جائزا كونه لوطيه وكونه لردته فلا يتعين كونه للردة ويجاب بأنه أيضا لا يتعين كونه للوطي فلا دليل فيه على أحدهما بعينه وذلك يكفينا وقالوا جاز فيه أحد الأمرين أنه للاستحلال أو أمر بذلك سياسة وتعزيرا وجه القائل بالحد أنه وطي في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطي أهل للحد عالم بالتحريم فتجب الحد كما لو لم يوجد العقد وليس العقد شبهة لأنه نفسه جناية هنا توجب العقوبة انضمت إلى الزنا فلم تكن شبهة كما لو أكرهها وعاقبها ثم زنى بها ومدار الخلاف أن هذا العقد يوجب شبهة أم لا فعندهم لا لما ذكر وعند أبي حنيفة وسفيان وزفر نعم ومدار كونه يوجب شبهة على أنه ورد على ما هو محله أو لا فعندهم لا لأن محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه الحل وهذه من المحرمات في سائر الحالات فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده ولأنه لا انعقاد في غير المحل كما لو عقد على ذكر وعنده نعم لأن المحلية ليست لقبول الحل بل بقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها وبالتيسير نظهر أنهم لم يتواردوا على محل واحد في المحلية فهم حيث نفوا محليتها أرادوا بالنسبة إلى خصوص هذا العاقد أي ليست محلا لعقد هذا العاقد ولذا عللوه بعدم حلها ولا شك في حلها لغيره لعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو العقد وهو من حيث أثبت محليتها أراد محليتها لنفس العقد لا بالنظر إلى خصوص عاقد ولذا علل بقبولها مقاصده فإن قلت فقد أطلق الكل من الحنفية في الفقه والأصول عدم محلية المحارم لنكاح المحرم فقالوا حيث قالوا إن النهي عن المضامين والملاقيح ونكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم محله في الفقه كثير ومنه قولهم محل النكاح أنثى من بنات آدم ليست من المحرمات فالجواب أن المراد نفي المحلية لعقد النكاح الخاص وأنت علمت أن أبا حنيفة إنما أثبت محليتها للنكاح في الجملة لا بالنظر إلى خصوص ناكح ولا شك في ذلك بقي النظر في أن أي الاعتبارين في ثبوت المحلية أولى لكونه قابلا للمقاصد أو كونه حلالا إن نظرنا إلى المعنى وهو أن الأصل أن شرع المحل قيام الحاجة لتندفع به وهو المقصود ترجح قوله أو إلى السمع أعني محل الإجماع وهو قول الكل إن الميتة ليست محلا للبيع لا إنما إنما فيها عدم المحل ترجحا أو قد يرجح قول أبي حنيفة رح لقوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر

ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن اتى امرأة في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة رحمه الله ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي الشافعي رحمه الله وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء

بما استحل من فرجها حكم بالبطلان ثم اوجب المهر وهو مسقط للحد بالاتفاق وكونه لا يعتقد وعلى ظاهره لا يضر لانه ما دل بتأويل احتجهما انه آيل الى البطلان باعتراض الولي ان كان غير كفو والآخر تخصيصه بما اذا لم يكن للمرأة ولاية على نفسها كالامة والصبية وعلى هذا فهو باطل على ظاهره وجواز قرب التأويلين لقدرة فسخ الولي بسبب عدم كفارة من زوجة المرأة نفسها منه وقد حكم فيه بالمهر وحل لكن في الخلاصة قال الفتوى على قولهما ولعل وجهه ان تحقق الشبهة يقتضي تحقق الحل من وجه لان الشبهة لا محالة شبهة الحل لكن حلها ليس ثابتا من وجه والا وجبت العدة وثبت النسب ودفع بان من المشائخ من التزم ذلك وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة اقل ما يبتنى به وجود الحل من وجه وهي منتفية في المحارم وشبهة الحل ليس ثبوت الحل من وجه فان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت لما له شبهة الثبوت بوجه من الوجوه الا ترى ان ابا حنيفة الزمه عقوبة باشد ما يكون وانما لم تثبت عقوبة هي الحد فعرف انه زنى محض عنده الا ان فيه شبهة فلا يثبت نسبه ومع شبهة العقد ما اذا استأجرها ليزني بها ففعل لا حد عليه ويعزر وقالا هما والشافعي ومالك واحمد يحد لان عقد الاجارة لا يستباح به البضع فصار كما لو استأجرها للطبخ ونحوه من الاعمال ثم زنى بها فانه يحد اتفاقا وله ان المستوفى بالزنا المنفعة وهي المعقود عليه في الاجارة لكنه في حكم العين فبالنظر الى الحقيقة يكون محل العقد الاجارة فاورث شبهة بخلاف الاستيجار للطبخ ونحوه لان العقد لم يضف الى المستوفى بالوطي والعقد المضاف الى محل يورث الشبهة فيه لا في محل آخر وفي الكافي لو قال امهرتك كذا لازني بك لم يجب الحد وهكذا لو قال استأجرتك او خذي هذه الدراهم لاطأك والحق في هذا كله وجوب الحد اذ المذكور معنى يعارضه كتاب الله الزانية والزاني فاجلدوا فالمعنى الذي يفيد ان فعل الزنا مع قوله ازني بك لا يجلد معه للعقد المهر معارض له قوله ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج بان اولج في مغابن بطنها ونحوه ليس المراد ما يعم الدبر وهي المسئلة الآتية يعزر لانه منكر محرم ليس فيه تقدير ففيه التعزير ومثله ما اذا اتت امرأة امرأة اخرى فانهما يعزران كذلك قوله ومن اتى امرأة اي اجنبية في الدبر في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ولكنه يعزر ويسجن حتى يموت او يتوب ولو اعتاد اللواطة قتله الامام محصنا كان او غير محصن سياسة اما الحد المقدر شرعا فليس حكمه فقالا هو كالزنا وهو رواية الحبارة تقيد عن الفقهاء بانه ليس من نفس الزنا بل حكمه حكم الزنا فيحد جلدا ان لم يكن محصنا ورجما ان كان محصنا وذكر في الايضاح ان الخلاف في الغلام اما لو وطئ امرأة في دبرها حد بلا خلاف والاصح ان الكل على الخلاف نص عليه في الزيادات ولو فعل هذا بعبده او امته او زوجته بنكاح صحيح او فاسد لا يحد اجماعا كذا في الكافي نعم فيه ما ذكرنا من التعزير والقتل لمن اعتاده ان رأى الامام ذلك لكن للشافعي في عبده وامته ومنكوحته قولان وهل تكون اللواطة في الجنة اي هل يجوز كونها فيها قيل ان كان حرمتها عقلا وسمعا لا يكون وان سمعا فقد جاز ان تكون والصحيح انها لا تكون فيها لانه تعالى استبعده واستقبحه فقال ما سبقكم بها من احد من العالمين وسماه خبيثة فقال كانت تعمل الخبائث والجنة منزهة عنها وقال الشافعي في قول يقتلان في وجه بالسيف بكل حال اي بكرين كانا او ثيبين وفي وجه يرجمان بكل حال وبه قال مالك واحمد وفي قول آخر وهو الصحيح من مذهبه يحد جلدا وتغريبا ان كان بكرا ورجما ان احصن وجه القتل ما روى ابو داود والترمذي وابن ماجة عن عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن عمرو بن ابي عمرو عن عكرمة من حديث ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به قال الترمذي انما يعرف هذا من حديث ابن عباس رضي الله عنه عن عمرو من هذا الوجه ورواه محمد بن اسحاق

وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعي في احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عندنا

عن عمرو بن ابي عمرو فقال ملعون من عمل عمل قوم لوط ولم يذكر فيه القتل وروى عن عاصم بن عمر عن سهيل بن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة عنه عم قال اقتلوا الفاعل والمفعول به وفي اسناده مقال ولا نعلم احدا رواه عن سهيل بن ابي صالح غير عاصم بن عمر العمري وهو ليضعف في الحديث من قبل حفظه ولحديث السنن رواه احمد في مسنده والحاكم وقال صحيح الاسناد وقال البخاري عمرو بن ابي عمرو صدوق لكنه روى عن عكرمة مناكير وقال النسائي ليس بالقوي وقال ابن معين ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس عنه عم اقتلوا الفاعل والمفعول به وقد اخرج له الجماعة واخرجه الحاكم بطريق آخر وسكت عنه وتعقبه الذهبي بان عبد الرحمن العمري ساقط واذا كان الحديث بهذا الشكل من التردد في امره لم يجز ان يقدم به على القتل مستمرا على انه حد ولو سلم حمل على قتله سياسة ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على وجه الكمال لمجرد قصد سفح الماء بل ابلغ حرمة وتضييعا للماء لان الحرمة قد تنكشف بالزنا بالعقد وقد يتوهم الولد فيه بخلاف اللواطة فيهما فيثبت حكم الزنا له بدلالة نص حد الزنا لا بالقياس ولابي حنيفة انه ليس بزنا ولا معناه فلا يثبت فيه حده وذلك لان الصحابة اختلفوا في موجبه فمنهم من اوجب فيه التحريق بالنار ومنهم من قال يهدم عليه الجدار ومنهم من نكسه من مكان مرتفع مع اتباع الحجارة فلو كان زنا في اللسان او في معناه لم يختلفوا بل كانوا يتفقون على ايجاب حد الزنا عليه فاختلافهم في موجبه وهم اهل اللسان اول دليل على انه ليس من مسمى لفظة الزنا لغة ولا معناه واما الاستدلال بقول القائل من كف ذات حر في زي ذي ذكر لها محبان لوطي وزناء فلعدم معرفة من نسب اليه نعم وقول من قال ان اهل اللغة فرقوا بينهما حيث قال قائلهم من كف ذات حر في زي ذي ذكر لها محبان لوطي وزناء غلط وذلك انه ليس لعربي بل هو من شعر ابي نواس كان مولدا لا يثبت اللغة بكلامه في قصيدته التي اولها

دع عنك لومي فان اللوم اغراء + وداوني بالتي كانت هي الداء وهي قصيدة معروفة في ديوانه مع انه ينبغي للشريعة عن امثاله تطهير كتبها والعناية لا يثبت دلالة لان المعنى المحرم في الزنا ليس اضاعة الماء من حيث هو اضاعته بل اضاعة الماء من حيث هو اضاعة لجواز العزل بل لقضائه الى اضاعة الولد الذي هو اهلاك معنى فان ولد الزنا ليس له اب يربيه والام بمفردها عاجزة عنه فيثبت على سوء الاحوال ولانه قد يدعيه بعض السفهاء وان لم يثبت نسبه شرعا لينتفع به وبمنفعته ليمنعه من هو له فيقع التقاتل والفتنة وليس شيء من ذلك في اللواطة وكذا هو اندر وقوعا من الزنا لانعدام الداعي في الجانبين على الاستمرار بخلاف الزنا المتحقق من الجانبين فيه على وجه الاستمرار لقدرة وقوع الزنا بصبية لا تشتهى اصلا اذ قل ما يكون ذلك ولا عبرة باوكدية الحرمة في ثبوت عين موجب الآخر ولذا لا يحد بشرب البول المجمع على نجاسته ويحد بشرب الخمر فيلزم من هذا ان لا يثبت الحد بطريق الدلالة الا اذا كان في المساوي من كل وجه دون الاعلى بل ذلك قد يكون له زاجر اقوى وقد لا الا بعقاب الآخرة واما تخريج ما عن الصحابة فروى البيهقي في شعب الايمان من طريق ابن ابي الدنيا ثنا عبد الله بن عمر ثنا عبد العزيز بن ابي حازم عن داود بن بكر عن محمد بن المنكدر ان خالد بن الوليد كتب الى ابي بكر انه وجد رجلا في بعض نواحي العرب ينكح كما تنكح المرأة فجمع ابو بكر الصحابة فسألهم فكان من اشدهم في ذلك قولا علي رضه قال هذا ذنب لم تعص به الا امة واحدة صنع الله بها ما علمتم ترى ان تحرقه بالنار فاجتمع رأي الصحابة على ذلك قال ورواه الواقدي في كتاب الردة في آخر ردة بني سليم وروى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا غسان بن مضر عن سعيد بن يزيد عن ابي نضرة قال سئل ابن عباس ما حد اللواطة قال ينظر اعلى بناء في القرية فيرمى منه منكسا ثم يتبع بالحجارة ورواه البيهقي ايضا من طريق

[illegible] في الهامش

ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بينا والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي رح يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب

ابن ابي الدنيا وكان ماخذ هذا ان قوم لوط اهلكوا بذلك حيث حملت قراهم ونكست بهم ولا شك في اتباع الهدم بهم وهم نازلون وذكر مشائخنا عن ابن الزبير يجلسان في انتن المواضع حتى يموتا نتنا والا استدلالهم بتسميتها فاحشة في قوله تعالى اتاتون الفاحشة ما سبقكم بها من احد من العالمين فمدفوع بان الفاحشة لا تختص لغة بالزنا قال تعالى ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن وقول المصنف انه يعزر لما بينا من انه منكر ليس فيه شئ مقدر قوله ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه وكذا اذا زنى ببهيمة لانه الزجر وانما يحتاج الى الزجر فيما طريق وجوده منفتح سالك وهذا ليس كذلك لانه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وان اتفق لبعضهم ذلك لغلبة الشهوة فلا يفتقر الى الزاجر لزجر الطبع عنه قوله ولهذا لا يجب ستره في البهيمة الا انه يعزر لما بينا انه منكر ليس فيه تقدير شرعي وفيه التعزير والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع امتداد التحدث به كلما رؤيت فيتاذى الفاعل به وليس بواجب واذا ذبحت وهي مما لا تؤكل ضمن قيمتها ان كان ملكها غيره لانه ذبحت لاجله وان كان مما تؤكل اكلت وضمن عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح لا تؤكل والمراد بالمروي ما روى اصحاب السنن الاربعة عن عكرمة عن ابن عباس عنه عم من اتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها قلت له ما شان البهيمة قال ما اراه قال ذلك الا انه كره ان يؤكل لحمها او ينتفع بها وقد عمل بها ما عمل ولعل قول ابن عباس رض هذا هو التمسك لابي يوسف في عدم اكلها الا ان المعنى الذي عينه الاصحاب من قطع التعيير اقرب الى النفس رواه ابن ماجة عن ابراهيم بن اسماعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة والباقون عن عمرو بن ابي عمرو وتقدم الكلام على عمرو هذا واما ابراهيم بن اسماعيل بن ابي حبيبة فقال احمد ثقة وقال البخاري منكر الحديث وضعفه غير واحد من الحفاظ وضعف ابو داود هذا الحديث بطريق آخر وهو انه روى عن عاصم بن ابي النجود عن ابي رزين عن ابن عباس موقوفا عليه ليس على الذي ياتي البهيمة حد وهو الذي روى عنه الرفع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تقتلها وتقتله المذكور آنفا ومحال ان يروي عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم القتل ثم يخالفه وكذا اخرجه الترمذي والنسائي وقال الترمذي هذا اصح من الاول وفي لفظ من اتى بهيمة فلا شئ عليه واخرج الحاكم حديث عمرو بن ابي عمرو بزيادة وقال صحيح الاسناد قوله ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا فاقر عند القاضي به لا يقام عليه الحد وعند الشافعي ومالك رح يحد لانه التزم باسلامه احكام الاسلام اينما كان مقامه قلنا سلمنا انه ملتزم للاحكام لكن الحد ليس يجب عليه حتى يكون ملتزمة بالتزامه احكام الاسلام بل انما يتضمن التزامه تسليم نفسه اذا وجب عليه الحد عند القاضي فيقضي باقامته عليه وليس الكلام في هذا بل في نفس وجوب الحد وانما يجب على الامام عند ثبوته عنده فهذا الدليل في غير محل النزاع فالوجه ان يقال وجب على الامام الاقامة على الزاني مطلقا اينما كان زناه ونحن نقول امتنع بالنص وهو قوله عم لا تقام الحدود في دار الحرب ولان الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للامام عليه حال كونه في دار الحرب ولا وجوب لا يعرى عن الفائدة لان المقصود الاستيفاء ليحصل الزجر والغرض ان لا قدرة عليه واذا خرج والحال انه لم ينعقد سببا للايجاب على وجوده فلم ينقلب موجبا له حال عدمه واما الحديث المذكور وهو قوله عم لا تقام الحدود في دار الحرب لم يعلم له وجود وروى محمد في كتاب السير الكبير عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من زنى او سرق

ولأن المقصود هو الانزجار وولاية الإمام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا يقام بعد ما خرج لأنها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لأنه تحت يده بخلاف أمير العسكر والسرية لأنه لم يفوض إليهما الإقامة

في دار الحرب أصاب بها حدا ثم هرب فخرج إلينا فإنه لا يقام عليه الحد والله أعلم به وعن الشافعي قال قال أبو يوسف ثنا بعض أشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال لا تقام الحدود في دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدو وقال وحدثنا بعض أصحابنا عن ثور بن يزيد عن حكيم بن عمير عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى عمير بن سعد الأنصاري وإلى عماله أن لا يقيموا الحدود على أحد من المسلمين في أرض الحرب حتى يخرجوا إلى أرض المصالحة قال الشافعي ومن هذا الشيخ ومكحول لم يدرك زيد بن ثابت وأنت تعلم أن هذا نوع انقطاع ومعتقد أبي يوسف أنه داخل في الإرسال وأن حذف الشيخ لا يكون من العدل المجتهد إلا للعلم بثقته ولا يضر على مبنى المرسل شيء من ذلك بعد كون المرسل من أئمة الشأن والعدالة وهذا الأخير رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ثنا ابن المبارك عن أبي بكر بن أبي مريم عن حكيم بن عمير وزاد لئلا تحمله حمية الشيطان أن يلحق بالكفار انتهى أثر آخر رواه ابن أبي شيبة أيضا ثنا ابن المبارك عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن حميد بن أبي عتبة بن رومان أن أبا الدرداء نهى أن يقام على أحد حد في أرض العدو وأخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن بسر بن أرطاة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تقطع الأيدي في السفر انتهى ولفظ الترمذي في الغزو وقال الترمذي حديث غريب والعمل عليه عند بعض أهل العلم منهم الأوزاعي يرون أن لا يقام الحد في الغزو بحضرة العدو مخافة أن يلحق من يقام عليه الحد بالعدو فإذا رجع الإمام إلى دار الإسلام أقام عليه الحد واعلم أن مع الأوزاعي أحمد وإسحاق فمذهبهم تأخير الحد إلى القفول وبسر بن أرطاة ويقال ابن أبي أرطاة اختلف في صحبته قال البيهقي في المعرفة أهل المدينة ينكرون سماع بسر من النبي صلى الله عليه وسلم وكان يحيى بن معين يقول بسر بن أرطاة رجل سوء قال البيهقي وذلك لما اشتهر من سوء فعله في قتال أهل الحرة انتهى فلو أنه سمعه منه عرم لا تقبل رواية من رضي بما وقع عام الحرة وكان من أعوانها والحق أن هذه الآثار لو ثبتت بطريق موجب العمل معللة بمخافة لحاق من أقيم عليه بأهل الحرب وأنه يقام إذا خرج وكونه يقيمه إذا خرج إلى دار الإسلام خلاف المذهب فإن قيل ليس معنى قوله في الآثار المتقدمة حتى تخرجوا إلى أرض المصالحة أنه ح يقيم حد الزنا الذي كان في دار الحرب بل أنه إذا صار إلى أرض المصالحة ح يقيم عليه حد الزنا إذا زنى في قلنا الظاهر احتمال الأول ولو سلم احتمالها على السواء فلا يترجح الثاني وعلى اعتبار الاحتمال الأول هو خلاف المذهب مع أنها معارضة بما أخرجه أبو داود في المراسيل عن مكحول عن عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أقيموا حدود الله في السفر والحضر على القريب والبعيد ولا تبالوا في الله لومة لائم والمرسل حجة موجبة قال ورويناه بإسناد موصول في السنن فلا شك في عدم صحة الاحتجاج بمثل هذا الحديث على عدم الوجوب من الأصل وأيضا معارض لإطلاق فاجلدوا ونحوه فيكون زيادة فإن أجيب بأنه عام خص منه موضع الشبهة فهو مدفوع بأن الزنا نفسه مأخوذ فيه عدمها فإنه الوطء في غير ملك وشبهته فترتيبه سبحانه إيجاب الحد على الزنا ترتيب ابتداء على ما لا شبهة فيه فتكون هذه الأخبار مخصصا أولا وأما الدليل العقلي المذكور فعليه أن يقال لا نسلم أن عجز الإمام عن الإقامة حال دخول الزنا في الوجود يوجب أن لا فائدة في الإيجاب إنما ذكر لو عجزه مطلقا فجاز أن يثبت الوجوب في الحال معلقا في القدرة قلنا يجاب بأنه لا معنى لهذا الكلام وتصحيحه أن يقال فجاز أن يثبت في الحال تعليق الإيجاب بالقدرة أي إذا قدرت فأقم عليه فالوجوب معدوم في الحال وموجود عند تحقق القدرة لأن المعلق بالشرط كذلك وح جوابه أن هذا المعنى ممكن لكن أين دليله فإن الآيات إنما تفيد تنجيز الوجوب لا تعليقه ونحن نعلم أن القدرة

وإذا دخل حربي دارنا بأمان فزنى بذمية أو زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رحمه الله في الذمي يعني إذا زنى بحربية فأما إذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا وقال أبو يوسف رحمه الله يحدون كلهم وهو قوله الآخر لأبي يوسف رحمه الله أن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لأنه يعتقد إباحته ولهما أنه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به وإنما التزم من الحكم ما يرجع إلى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لأنه لما طمع في الإنصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم أما حد الزنا فمحض حق الشرع ولمحمد رحمه الله وهو الفرق أن الأصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره إن شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبع أما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الأصل نظيره إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولأبي حنيفة رحمه الله فيه أن فعل الحربي المستأمن زنا لأنه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطبا بالشرائع على أصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لأنهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد رحمه الله لا تحد

شرط التكليف فنعلم اشتراط مقتضيا في الزاني في دار الحرب فاين دليل تعليق الايجاب حال زنى الزاني في دار الحرب باقتدار الامام عليه فاذا لم يثبت لم يثبت تعليقه كما لم يثبت تخييره فان اجيب بان تعليقه يثبت بما تقدم من الآثار المفيدة انه اذا رجع الى دار الاسلام اقامه دفع بانه معارض بحديث مراسيل ابي داؤد وهو يرجح الاحتمال المخالف للمذهب من ذينك الاحتمالين وايضا قد يقال عليه لا نسلم ان حال الزنا يجب على الامام الاقامة بل انما يجب اذا ثبت عنده فقبل الثبوت عنده لا يتعلق به وجوب اصلا وفرض المسئلة انه زنى في دار الحرب ثم اقر عند القاضي بعد الخروج او شهد به عليه في غير تقادم وعند مالك هو قادر ومتعلق به ايجاب الاقامة والمذهب خلافه والله اعلم قال ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده فالقدرة ثابتة عليه بخلاف ما لو خرج من العسكر فدخل دار الحرب فزنى ثم عاد الى العسكر لا يقيمه ويفيد انه لو زنى بالعسكر والعسكر في دار الحرب في ايام المحاربة قبل الفتح له ان يقيمه للولاية اما امير العسكر والسرية فلا يقيمه لانه لم يفوض اليهما الاقامة

قوله واذا دخل حربي دارنا بامان وهو المستامن فزنى بذمية الخ حاصل المسئلة اذا زنى الحربي المستامن بالمسلمة او الذمية فعليها الحد دون الحربي في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف اولا لا حد على واحد منهما ثم رجع وقال عليهما الحد جميعا وقال محمد بقوله الاول فصار فيها ثلاثة اقوال قول ابي حنيفة يحد المزني بها المسلمة والذمية وقال محمد لا يحد واحد منهم وقول ابي يوسف يحد كلهم وتقييد المسئلة بالمسلمة والذمية لانه لو زنى بحربية مستامنة لا يحد واحد منهما عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يحدان ذكره في المختلف وان زنى المسلم او الذمي بالحربية المستامنة حد الرجل في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يحدان جميعا والاصل ان عند ابي حنيفة ومحمد لا يجب على الحربي حد من الحدود سوى حد القذف فلا يجب عليه حد زنا ولا سرقة ولا شرب خمر وعند ابي يوسف يجب الكل الا حد الشرب فحد الشرب لا يجب اتفاقا لانه يعتقد حله وحد القذف يجب اتفاقا لان فيه حق العبد فاختلفوا في حد الزنا والسرقة عند ابي يوسف يجب وعندهما لا وجه ابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات والسياسات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد للقذف ويقتل قصاصا ويمنع من الزنا وشراء العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما بخلاف حد الشرب لانه معتقد اباحته ووجه ابي حنيفة ومحمد انه لما لم يدخل للقرار بل لحاجة يقتضيها ويرجع وعلينا ان نمكنه من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستيمان ملتزما جميع احكامنا في المعاملات بل ما يرجع منها الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد غير انه لا بد من اعتباره ملتزما الانصاف كف الاذى اذ قد التزم ماله بامانه مثل ذلك والقصاص وحد القذف من حقوقهم فلزماه اما حد الزنا فخالص حق الله سبحانه وكذا المغلب في السرقة حقه فلم يلتزمه وصاحبه تمنعنا من استيفائه عند اعطاء الامان بخلاف المنع من شراء العبد المسلم والمصحف والاجبار على بيعهما فانه من حقوق العباد ولان في استخدامه قهرا اذلالا للمسلم وكذلك في استخفافه بالمصحف والزنا مستثنى من كل عهد وهم لمحمد رح وهو الفرق بين المسلم او الذمي اذا زنى بمستامنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة او الذمية اذا زنت بمستامن لا يجب الحد عنده عليها ان الاصل في الزنا فعل الرجل والمرأة تبع لكونها محلا على ما سنذكر فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في التبع بخلاف امتناعه في التبع لا يوجب امتناعه

قال واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب الحد عليها وهو رواية
عن ابي يوسف رحمه الله وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب
سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل
ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية او لكونها مسببة
بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد

في حق الاصل اي دليله اذا زنى البالغ العاقل بصبية او مجنونة يحد هو دونها وفي تمكين البالغة الصبي او المجنون لا تحد بتمكينها
انما يجب الحد عليها اذا امكنت من فعل موجب له وفعل الحربي ليس موجبا له فلا يكون تمكينها موجبا عليها ولابي حنيفة ان فعل
المستامن زنى لكونه مخاطبا بالمحرمات لحرمة الكفر والزنا في حق احكام الدنيا على ما هو المختار بخلاف قول العراقيين الا انه امتنع
حده لان اقامته بالولاية والولاية منقطعة عنه باعطاء الامان الا فيما التزمه من حقوق العباد فقد مكنت من فعل هو زنا
لا قصور فيه وهو الموجب للحد عليها وصار كما لو مكنت مسلما فهرب تحد هي لان المانع خصه وتبعيتها في الفعل لا في حكمه بخلاف
تمكينها صبيا او مجنونا لانها انما تبعتهما لكن فعلها زنى فلم تكن من الزنا ونظيره الوزني لمكره مطاوعة تحد المطاوعة عند ابي حنيفة وبه
قالت الائمة الثلاثة وعند محمد لا تحد قوله واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال
زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو اي قول زفر والشافعي رواية عن ابي يوسف وهو قول مالك واحمد وان زنى صحيح اي عاقل بالغ بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها
حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع ولهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه لا يوجب سقوطه من جانبها وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله
وقد فعلت ما هي به زانية لان حقيقة زناها اقتضاء شهوتها بالآلة وقد وجد الا ترى انه سبحانه وتعالى سماها زانية وهو ليس الا بذلك وهو دليل على
انها زانية حقيقة كونها تحد قاذفها فلو لم يتصور زناها لم يحد قاذفها كالمجبوب ولنا ان فعل الزنا انما يتحقق منه لان اهل اللغة اخذوا في جنس تعريفه
وطئ الرجل وكانت خارجة انما هي محل وليس بها يسمى الحي زانيا وهو موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجاز التسمية للمفعول
باسم الفاعل كعيشة راضية وماء دافق اي مرضية ومدفوق او لكونها مسببة لزنى الزاني بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من
فعل هو زنا والزنا فعل من هو منهي عنه ومؤثم به وفعل الصبي ليس كذلك فلا يناط به الحد وعلى هذا لو قلنا انها بالتمكين
صح زانية حقيقة لغة لا يضرنا لانها انما تسمى زانية حقيقة بالتمكين مما هو زنا وهو منتف من الصبي والمجنون فان قيل كيف يتصور
ان يطلق عليها زانية حقيقة مع انه لا شك انه يطلق عليها مزني بها حقيقة فيلزم كون اطلاق اسم الفاعل والمفعول بالنسبة
الى فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل فالجواب بانه انما يبطل لو كان من جهة واحدة وهو منتف فان تسميتها زانية
باعتبار تمكينها طالبة مقتضاة شهوتها من فعل هو زنا ومزنية باعتبار كونها محلا للفعل الذي هو زنا فلو منع وقيل بل ترتب الحد
انما هو على تمكينها من الوطئ المفضي الى اشتباه النسب وتضييع الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا او لا فالجواب ان تسميتها
زانية حقيقة او مجازا كونه بالتمكين من الزنا انسب من كونه ما ليس زنا ولو لم يلزم جاز كونه لكل منهما فدار تمكينها الصبي والمجنون
بين كونه موجبا للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجبا لوجوب الدرء في مثله بذلك لكن بقي ان يقال كون الزنا في اللغة وهو الفعل
المحرم ممن هو مخاطب ممنوع بل ادخال الرجل قدر حشفته قبل مشتهاة حالا او ماضيا بلا ملك وشبهة وكونه بالغا عاقلا لاعتباره موجبا
للحد شرعا فقد مكنت من فعل هو زنا لغة وان لم يجب على فاعله حد والجواب ان هذا يوجب التفصيل بين تمكينها صبيا فلا تحد ومجنونا
فتحد لان قولهم وطئ الرجل يخص البالغ لكن لا قائل بالفصل والذي يغلب على الظن من قوة كلام اهل اللغة انهم لا يسمون
فعل المجنون زنا واحتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرء لا في الايجاب فلا يحد به والله اعلم ومما ذكرناه يندفع

قال ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا يحد وهو قول زفر رحمه الله لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الطواعية ثم رجع عنه فقال لا حد عليه لأن سببه الملجئ قائم ظاهرا والانتشار دليل متردد لأنه قد يكون من غير قصد لأن الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فأورث شبهة وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحد لأن الإكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لأن المؤثر خوف الهلاك وأنه يتحقق من غيره وله أن الإكراه من غيره لا يدوم إلا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لأنه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع

ما قيل لو كان تمكين المرأة صبيا أو مجنونا يمنع الحد عليها لاستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية حين أقرت بالزنا بل زنى بك مجنون أو صبي كما أنه استفسر ماعزا فقال أبك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد لأنها لما قالت زنيت فقد اعترفت بتمكين غير صبي ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك بخلاف ماعز فإنه استراب أمره على ما تقدم ولذا لم يسأل الغامدية أبك جنون مع أنها مثل ماعز في سقوط الحد بجنونها فأورد أنه ينبغي أن يجب العقر على الصبي والمجنون لأن الوطء في غير الملك لا يخلو عن أحدهما إما العقر وهو مهر المثل أو الحد كما لو زنى الصبي بصبية أو مكرهة يجب عليه المهر وهنا لا يجب أجيب بالفرق وهو أن الإيجاب عليه هنا لا فائدة فيه لأنا لو أوجبنا عليه لرجع ولي الصبي على المرأة لأنها لما طاوعته صارت آمرة له بالزنا معها وقد لحق الصبي غرم بذلك وصح الأمر منها لولايتها على نفسها فلا يفيد الإيجاب بخلاف ما لو كانت مكرهة أو صبية لا يرجع ولي الصبي على المرأة لعدم ولايتها في المكرهة عدم الأمر أصلا فكان الإيجاب مفيدا وأما إيراد القاعدة أن كلما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهي منقوضة بزنا المكرهة بالمطاوعة والمستأمن بالذمية والمسلمة فورود بناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع بل الحكم في كل موضع بمقتضى الدليل فلا حاجة إلى الإيراد ثم تكلف الدفع قوله ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان أبو حنيفة أولا يقول يحد وهو قول زفر به قال أحمد لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بعد انتشار الآلة وهذا آية الطواعية فاقترن بالإكراه ما ينفيه قبل تحقق الفعل المكره عليه بحيث كان حال فعله إياه غير مكره فيبطل أثر الإكراه السابق ووجب الحد بخلاف إكراه المرأة على الزنا فإنه بالتمكين وليس مع التمكين دليل الطواعية فلا يحد إجماعا ثم رجع أبو حنيفة فقال لا يحد الرجل المكره أيضا لأن السبب الملجئ إلى الفعل قائم ظاهرا وهو قيام السيف ونحوه والانتشار لا يستلزم الطواعية بل هو محتمل أن يكون معه ويكون طبعا بالقوة الفحولية وقد يكون لريح تسفل إلى المحجر حتى يوجد من النائم بلا قصد منه فلا يترك أثر اليقين وهو الإكراه للمحتمل فإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة لعدم تحقق الإكراه من غيره فكان مختارا في الزنا وكذا عند زفر وأحمد لأنه وإن تحقق الإكراه من غير السلطان عندهما لكن قال الانتشار دليل الطواعية إلى ما ذكرنا وقالا لا يحد لأن الانتشار لا يستلزم الطواعية إلى آخر ما ذكرناه آنفا قال المشايخ وهذا اختلاف عصر وزمان ففي زمن أبي حنيفة ليس لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعه بالسلطان وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيفتى بقولهما وعليه مشى صاحب الهداية في الإكراه حيث قال والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على الإيقاع بما توعد به قوله ومن أقر أربع مرات هذا على وجهين أحدهما أن يقر الرجل في أربع مجالس أنه زنى بفلانة حتى كان إقراره موجبا للحد وقالت هي بل تزوجني أو أقرت هي كذلك بالزنا مع فلان وقال الرجل بل تزوجتها لم يحد واحد منهما في الصورتين لأن دعوى النكاح محتمل الصدق وبتقدير صدق مدعي النكاح منهما يكون النكاح ثابتا فلا يحد وبتقدير كذبه لا نكاح فيجب الحد فلا يحد وعليه المهر في صورتي دعواه النكاح ودعواه الزنا وإن كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بأن لا مهر لها لدعواها زنا لأنه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنهما مع ثبوت الوطء باعترافهما به وإن اختلفا في جهته كانت مكذبة شرعا والوطء لا يخلو عن عقر أو عقر فلزم لها المهر وإن ردته إلا أن تبرئه منه واعلم أن وجوب المهر إنما هو فيما إذا كانت الدعوى قبل الحد فإن حد ثم ادعى الآخر النكاح لا مهر لأن الحد لا ينتقض بعد الإقامة ثانيهما أن تقر أربعا كذلك أنه زنى بفلانة وقالت

ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن
ابي يوسف رح انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف واعتراض
سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه
فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة
وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنالك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورثت شبهة

فلانة ما زنيت به ولا اعرفه او اقرت هي بالزنا اربع مرات مع فلان وقال فلان ما زنيت بها ولا اعرفها لا يحد المقر بالزنا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي واحمد يحد المقر لان الاقرار حجة في حق المقر وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة
العدم في حق المقر كما لو كانت غائبة وسيأتي ولابي حنيفة رح ان الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه واورث
شبهة الانتفاء في حق المقر لان الزنا فعل واحد يتم بهما فاذا تمكنت فيه شبهة تعدت الى طرفيه وهذا لانه ما اقر بالزنا
مطلقا انما اقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما اقر فيه فيندرئ عنه ضرورة بخلاف ما لو اطلق وقال
زنيت فانه وان احتمل كذبه لكن لا موجب شرعي يدفعه وبخلاف ما لو كانت غائبة لان الزنا لم ينتف في حقها بدليل يوجب
النفي وهو الانكار حتى لو حضرت واقرت اربعا حدت فظهر ان الغيبة ليست معتبرة بل الاعتبار للانكار وعدم معرفته
فاذا انكرت ثبتت شبهة يدرأ بها الحد عنه فاذا لم يعلم انكارها فلا شبهة فيحد فان قيل ينبغي ان لا يجب الحد
على الرجل في هذه الصورة عندهما كما في صورة دعوى النكاح لان الحد لما سقط بانكار وصف الفعل وهو الزنا كما في
المسئلة السابقة بدعوى النكاح فانكار اصل الفعل اولى قلنا خصصنا تلك المسئلة بوجوب الحد على الرجل بحديث سهل
بن سعد فانه روي ان رجلا اقر بالزنا بامرأة فانكرت فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه ابو داود وفي شرح الطحاوي
ولو لم تدع المرأة النكاح وانكرت وادعت على الرجل حد القذف يحد حد القذف ولا يحد حد الزنا **قوله** ومن زنى بجارية
فقتلها اي بفعل الزنا فانه يحد وعليه قيمتها وانما قيد بالجارية لتكون صورة الخلاف فانه لو زنى بحرة فقتلها يحد اتفاقا
ويجب عليه الدية وقوله وعن ابي يوسف انه لا يحد ذكره بلفظ عن ليفيد انه ليس ظاهر المذهب عنه فان محمدا
لم يذكر فيها خلافه في الجامع الصغير وعادته اذا كان خلافه ثابتا ذكره وكذا الحاكم الشهيد لم يذكر في الكافي خلافا وانما نقل
الفقيه ابو الليث خلافه فقال ذكر ابو يوسف في الامالي ان هذا قول ابي حنيفة خاصة وفي قول ابي يوسف لا حد عليه
وحين نقل قول خاصة ذكره في المنظومة في باب قول ابي يوسف على خلاف قول ابي حنيفة ولا قول لمحمد وقيل الاشبه
كون قول محمد مثل قول ابي حنيفة وبه قال الشافعي واحمد لانه لو كان لا قول له بان توقف لذكره وانما قال ابو يوسف هذا
قول ابي حنيفة خاصة لان محمدا كان في عداد تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولا ينفرد به وعلى كون الخلاف هكذا مشى المصنف حيث قال
ولهما انه ضمان قتل وجه ابي يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة على الزاني بسبب قتله سبب لملك الامة واذا
ملكها قبل اقامة الحد سقط الحد كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط بخلاف الحرة لانها لا تملك بالضمان
وعلى هذا قال فيما لو زنى بها ثم قتلها او ملكها بالغداء بان زنى بجارية جنت الجناية فدفعت اليه بالجناية او بالشراء او النكاح انه
لا يحد في ذلك كله وعند ابي حنيفة يحد في الكل وقال ابو يوسف بالدفع يثبت الملك مستندا وكذا اذا ملكها بالشراء او النكاح
لان اعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يسقط الحد على ما ذكرنا ولابي حنيفة انه زنى وجنى فيوفر عليه موجب كل من الفعلين
ولا منافاة فيجمع بين الحد والضمان وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لان هذا ضمان دم حتى وجب في ثلاث سنين

قال وكل شيء صنعه الإمام الذي ليس فوقه إمام فلا حد عليه إلا القصاص فإنه يؤخذ به وبالأموال لأن الحدود حق الله تعالى وإقامتها إليه لا إلى غيره ولا يمكنه أن يقيم على نفسه لأنه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لأنه يستوفيه ولي الحق إما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والأموال منها وأما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

على العاقلة ولا يجب بالغصب بالغصب وهو لا يوجب ملكا لأن محل الملك المال والدم والدم ليس بمال ثم تنزل فقال ما حاصله لو فرض أن الضمان يوجب الملك لكان يوجبه في العين القائمة لأنه يثبت بطريق الاستناد والاستناد إنما يظهر في القائم دون الفائت ومنافع البضع التي استوفيت فائتة وليس محلها وهو العين قائما ليثبت شبهة قيام المنافع فيثبت شبهة ملكها فلم يظهر الملك فيها ولا شبهة فلم يكن كالمسروق ولم يفد الملك السبب عن الضمان ملك تلك المنافع ليسقط الحد بخلاف السرقة فإن شرط إقامة حد السرقة الخصومة وبالهبة انقطعت بخلاف حد الزنا فبطل القياس وآل هذا التقرير إلى أن الثابت بهذا الضمان شبهة شبهة ملك تلك المنافع فإنما كانت ثابت شبهة ملك العين لا حقيقة وبحقيقته لا تثبت شبهة ملك المنافع فإذا كان الثابت شبهة ملك العين فهو شبهة شبهة ملك المنافع وشبهة الشبهة غير معتبرة وحاصل التقرير أن أبا يوسف أثبت شبهة ملك المنافع المستوفاة ونحن نفيناه وليس أحد يثبت بالضمان حقيقة ملك المنافع وعلى الوجه الذي قررناه بقليل تأمل تظهر في تقرير المصنف التنزل من التسابل وبالوجه الذي قررناه يتضح حسن اتصال قوله بخلاف ما إذا زنى بها فأذهب عينها حيث يجب قيمتها ويسقط بها الحد لأن الملك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فأورث شبهة أي في ملك المنافع تبعا فيندرئ عنها الحد أما هنا فالعين فائتة بالقتل فلا تملك بعد الموت ولا يقال هذا التمليك بطريق الاستناد فلا يضره انتفاء المملوك لأنا نقول المستند يثبت أولا ثم يستند فاستدعى ثبوت لمحل حال الأداء وهو منتف وثمرته أن الثابت في المنافع شبهة الشبهة على ما ذكرنا فإن قيل ينبغي أن لا يجب الحد لو تم ملكا المقتول لأن بعض القيمة لا بد أن يصير بإزاء منافع البضع التي يجب الحد لأجلها فيجب أن لا يحد وإلا وجب ضمانان بإزاء مضمون واحد أجيب بأنه لما لم يوضع الفعل للقتل كان أوله جراحة اندملت ثم حدث القتل فكان الضمان كله بإزائه وفي الفوائد الظهيرية لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعا خلافا للشافعي ولو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد وفي جامع قاضي خان لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق **قوله** وكل شيء فعله الإمام الذي ليس فوقه إمام مما يجب فيه الحد كالزنا والشرب والقذف والسرقة لا يؤاخذ به إلا القصاص والمال فإنه إذا قتل إنسانا أو أتلف مال إنسان يؤاخذ به لأن الحد حق الله تعالى وهو المكلف بإقامته وتعذر إقامته على نفسه لأن إقامته بطريق الجزاء والنكال ولا يفعل أحد ذلك بنفسه ولا ولاية لأحد عليه ليستوفيه وفائدة الإيجاب الاستيفاء فإذا تعذر لم يجب بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات لأن حق استيفائها لمن له الحق فيكون الإمام فيه كغيره وإن احتاج المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء فكان الوجوب مفيدا أو المغلب في حد القذف حد الشرع فكان كيفية كبقية الحدود وبهذا يعلم أنه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي والقضاء لتمكين الولي من استيفائه لأنه شرط وأورد عليه بالمانع من أن يولي غيره ليحكم فيه بما يثبت عنده كما في الأموال غير أنه إذا صحت هذه الاستنابة فوجب عليه حق العبد استوفاه العبد أو حق الله استوفاه ذلك النائب وقيل لا يخلص إلا أن الأوجه

أن قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما يفيد أن المخاطب بالجلد الإمام أن يجلد غيره والله أعلم وقد يقال أين دليل الإيجاب لا شتباه والله سبحانه أعلم

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنه لما قدم أن الحد يثبت بالبينة والإقرار وقدم كيفية الثبوت بالإقرار لوجوده يثبت منه بالبينة بالنسبة إلى ما ثبت بالإقرار أندر ندرة لضيق شروطه المقتضي لإعدامه وهو أن يروا ذكر الرجل في فرجها كالميل في المكحلة وأيضا لم يثبت

قال: وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة. وفي الجامع الصغير: وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة، والأصل أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي رحمه الله وهو يعتبرها بحقوق العباد وبالإقرار الذي هو أحد الحجتين، ولنا أن الشاهد مخير بين حسبتين من أداء الشهادة والستر، فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيها، وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع، بخلاف الإقرار لأن الإنسان لا يعادي نفسه، فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار فيكون التقادم فيه مانعا، وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار، والتقادم غير مانع في حقوق العباد، ولأن الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم، بخلاف حد السرقة لأن الدعوى ليست بشرط للحد لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر، وإنما شرطت للمال، ولأن الحكم يدار على كون الحد حقا لله فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد، ولأن السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد إعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما.

حد الزنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي بالبينة فإنهم كلهم لم يحدوا إلا بالإقرار فقدم ما يكثر

وجوده وما كان الثبوت به عنده وعند الصحابة. **قوله** وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامتها بعدهم عن الإمام لم تقبل الشهود ثم إلا في حد القذف خاصة فقوله متقادم إسناده في الحقيقة إلى ضمير السبب أي متقادم سببه وهو الزنا مثلا وما شهدوا به وقوله متقادم بحد تساهل فإنهم إنما شهدوا بسبب الحد والتقادم صفة له في الحقيقة وقوله لم يمنعهم جملة في محل جر لأنها صفة النكرة وهي حد والفاعل بعدهم ولا شك أنه لا يتعين البعد عذرا بل يجب أن يكون كل من نحو مرض أو خوف طريق ولو في بعد يومين ونحوه من الأعذار التي تظهر بها مانعة من المسارعة ثم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتمالها على زيادة مفيدة وهي قوله في إذا شهد عليه الشهود بسرقة أو شرب خمر أو زنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة ثم قال فإن أقر بعد حين بذلك أخذ به إلا الشرب فإنه لا يؤخذ بذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ به كما يؤخذ بالسرقة والزنا ولا يخفى ما اشتمل عليه من الزيادات قال المص وغيره الأصل أن الحدود الخالصة حق الله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي وفي العبارة تساهل مشهور فإن الذي يبطل بالتقادم الشهادة بأسبابها ثم لا يجب الحد على الإمام من الأصل لعدم الموجب والحاصل أن في الشهادة في الحدود القائمة والإقرار بها أربعة مذاهب الأول رد الشهادة بها وقبول الإقرار بها سوى الشرب وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الثاني ردها وقبول الإقرار حتى بالشرب القديم كالزنا وهو قول محمد بن الحسن وأبي يوسف الثالث قبولهما وهو قول الشافعي ومالك وأحمد فكما لا يبطل الإقرار بالتقادم كذا الشهادة الرابع ردهما نقل عن ابن أبي ليلى ولم ينقل عن أحد تقليب قول محمد استدل الشافعي والآخرون بالحاقه بالإقرار لأنهما حجتان شرعيتان يثبت بكل منهما الحد فكما لا يبطل الإقرار بالتقادم كذا الشهادة وبحقوق العباد ولنا أن الفرق أن الشهادة بعد التقادم شهادة متهم وشهادة المتهم مردودة أما الكبرى فلقوله عليه السلام لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين أي متهم وذكر محمد عن عمر رضي الله عنه في الأصل أنه قال أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم وأما الصغرى فلأن الشاهد بسبب الحد مأمور بأحد أمرين الستر احتسابا بقوله عليه السلام من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة مع ما قدمنا من الحديث وفي ذلك والشهادة به احتسابا لقصد إخلاء العالم عن الفساد للانزجار بالحد فأفضل الأمرين واجب مخير على الفور كخصال الكفارة لأن كلا من الستر وإخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخي وإذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه بأحد الأمرين إما الفسق وإما تهمة العداوة لأنه إن حمل على أنه من الأصل اختار الأداء وعدم الستر ثم أخره لزم الأول أو على أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني وذلك أنه سقط عليه الواجب باختيار أحدهما فانصرافه بعد ذلك إلى الشهادة موضع ظن أنه حركه حدوث عداوة بخلاف الإقرار بالزنا والسرقة لا يتحقق فيه أحد الأمرين من الفسق وهو ظاهر ولا التهمة إذ الإنسان لا يعادي نفسه فلا يبطل بالتقادم إذ لم يوجب تحقق تهمة وبخلاف حقوق العباد ولأن الدعوى شرط فيها فتأخير الشاهد لتأخير الدعوى لا يلزم منه فسق ولا تهمة وفي القذف حق العبد فيتوقف على الدعوى كغيره فلم يبطل بالتقادم فإن قيل لو كان اشتراط الدعوى مانعا من الرد بالتقادم لزم في السرقة أن لا ترد الشهادة بها عند التقادم لاشتراط الدعوى فيها لكنها ترد أجاب أولا بما حاصله أن السرقة فيها أمران الحد والمال فما يرجع إلى الحد لا يشترط فيه الدعوى لأنه خالص حق الله والدعوى باعتبار المال لتشترط والشهادة بالسرقة لا تخلص لأحدهما بل لا ينفك عن الأمرين فاشترطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد

ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في باب الحدود

ولذا يثبت المال بها بعد التقادم لانه لا يبطل به ولا يقطعه لان الحد يبطل به ويدل على تحقق الامرين فيها انه اذا شهدوا بها على الانسان والمدعي غائب وهو صاحب المال يحبس الشهود به عليه حتى يحضر المدعي لما فيه من حق الله تعالى وفي القذف لا يحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعي كما في حقوق العباد الخالصة وانما لا يقطع قبل حضوره لاحتمال ان يكون سرق ملكه الذي كان عنده او ملكه اياه فلانه من تضمين الشهادة بالسرقة الشهادة بملك المسروق منه والشهادة بالملك لانسان تتوقف قبولها على حضور المشهود له بالملك ودعواه فاذا اخر ردناه في حق الحد لا المال بل انشاء المال بخلاف ما اذا قال زنيت بفلانة او قلبه وهي غائبة لا يدري جوابها لا يحد والانشاء لا بالحد لان الثابت هناك شبهة الشبهة فلا تعتبر وشبهة السرقة لا يثبت اصلا الا لثبوت المال ولا يثبت المال بالشهادة الا بالدعوى وانما يحبس للتهمة كما تقدم ولان الثابت في غيبة المسروق منه الشبهة لان الثابت احتمال ان يقول هو ملكه وقوله هو ملكه ليس بشبهة بل حقيقة لم يبرر بخلاف دعواها النكاح مثلا لو حضرت لانه نفس الشبهة فاحتماله شبهة الشبهة والله اعلم واجاب ثانيا بان بطلان الشهادة بالتقادم لما كان للتهمة في حق الله سبحانه وتعالى اقيم التقادم في حقوق الله مقامها فلا ينظر بعد ذلك الى وجود التهمة وعدمها كالرخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة ادير على السفر فلا يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمها فترد بالتقادم لا يخفى ان الشهادة بالتقادم ليس محل التهمة ظاهر يدركه كل احد فلا يحتاج الى اناطته بمجرد كونه حق الله تعالى ولا يصح تشبيه بالمشقة مع السفر لان المشقة امر خفي غير منضبط فلا يمكن الاناطة فيه فينيط بما هو منضبط فالعدول للحاجة الى الانضباط ولا حاجة فيما نحن فان قلت فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة في حق الحد فيما لو علم المدعي بالسرقة فلم يدع الا بعد حين فشهدوا فانه لا [illegible] هذا لا تقطع بل يضمن المال فالجواب انما كان فيه تهمة فالرد يضاف اليها وما لم يكن فالى المدعي على ما قال قاضي خان انما لم تقطع في السرقة بعد التقادم لا للتهمة في الشهود لان الدعوى شرط القبول بل لخلل في الدعوى فان صاحب المال كان مخيرا في الابتداء فاذا اخر فقد اختار الستر فلم يبق حق دعوى السرقة والحد بل بقي له حق دعوى المال فقط فيقضى بالمال دون القطع كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة تقضي بالمال دون القطع انتهى فيجعل هذا الاعتبار فيما اذا كان بتأخير الشهود الشهادة لا تأخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة اما لو اخر والا تأخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم لعلمه بإعلامهم او بغيره ثم شهدوا فالوجه الاخير وهو قوله ولان السرقة تقام على الاستسرار على غيره من المالك فيبطل على الشاهد ملامه وبالكتمان يصير فاسقا انما يقتضي ان ترد في حق المال ايضا للفسق لكن ما ذكر من انهم اذا شهدوا والعيان التقادم يثبت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل في حق الحد لكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل بالتقادم باطلاقه يقتضي فيما اذا لم يكن التأخير لعدم تأخير الدعوى بعد علمه فهو مشكل على الوجه المذكور

قوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه هو قول زفر وقول الائمة الثلاثة لان التأخير بعذر هربه وقد زال العذر ولنا ان الامضاء الى الاستيفاء من القضاء لحقوق الله تعالى بخلاف حقوق غيره وهذا لان الثابت في نفس الامر استنابة نعم الحاكم في استيفاء حقه اذا ثبت عنده بلا شبهة فكان الاستيفاء من تتمة القضاء او هو هنا اذا لم يحتج الى التلفظ بلفظ القضاء حتى جاز له الاستيفاء من غير تلفظ به بخلافه

لئن تقبل

قال وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والأصل أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبرها بحقوق العباد وبالإقرار الذي هو أحد الحجتين ولنا أن الشاهد مخير بين حسبتين أداء الشهادة والستر فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته ولعداوة حركته فيتهم فيها وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الإقرار لأن الإنسان لا يعادي نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولأن الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لأن الدعوى ليست بشرط للحد لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر وإنما شرطت للمال ولأن الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولأن السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد إعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما

ثبت الزنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم بالبينة فإنهم كلهم لم يجدوا بالإقرار فتقدم ما يكثر

وجوده وما كان الثبوت به عنده ثم وعند الصحابة **قوله** وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامتهم بعدهم عن الإمام لم تقبل الشهود شهادتهم إلا في حد القذف خاصة فقوله متقادم إسناده في الحقيقة إلى ضمير السبب أي متقادم سببه وهو الزنا مثلا وما أشبهه وقوله شهد واحد تساهل فإنهم إنما يشهدون بسبب الحد والتقادم صفة له في الحقيقة وقوله لم يمنعهم الجملة في محل جر لأنها صفة النكرة وهي حد والفاعل بعدهم ولا شك أنه لا يتعين البعد عذرا بل يجب أن يكون كل من نحو مرض أو خوف طريق ولو في بعد يومين ونحوه من الأعذار التي يظهر بها مانعه من المسارعة ثم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتمالها على زيادة مفيدة وهي قوله في إذا شهد عليه الشهود بسرقة أو شرب خمر أو زنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة ثم قال فإن أقر بعد حين بذلك أخذ به إلا الشرب فإنه لا يؤخذ بذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ به كما يؤخذ بالسرقة والزنا ذكر ما اشتمل عليه من الزيادات قال المصنف وغيره الأصل أن الحدود الخالصة حق الله تبطل بالتقادم خلافا للشافعي وفي عبارته تساهل مشهور فإن الذي يبطل بالتقادم الشهادة بأسبابها ثم لا يجب الحد على الإمام من الأصل لعدم الموجب والحاصل أن في الشهادة في الحدود القائمة والإقرار بها أربعة مذاهب الأول رد الشهادة بها وقبول الإقرار بما سوى الشرب وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الثاني ردها وقبول الإقرار حتى بالشرب القديم كالزنا وهو قول محمد بن الحسن وأبي يوسف الثالث قبولها وهو قول الشافعي ومالك لكل منهما الحد فكما لا يبطل الإقرار بالتقادم كذا الشهادة ومحمد الرابع ردهما نقل عن ابن أبي ليلى ثم أحد بقياس قول محمد واستدل الشافعي والآخرين بالمحاقة بالإقرار لأنهما حجتان شرعيتان يثبت كل منهما الحد فكما لا يبطل الإقرار بالتقادم كذا الشهادة وبحقوق العباد ولنا وهو الفرق أن الشهادة بعد التقادم شهادة متهم وشهادة المتهم مردودة أما الكبرى فلقوله عليه السلام لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين أي متهم وذكر محمد عن عمر رضي الله عنه في الأصل أنه قال أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم وأما الصغرى فلأن الشاهد بسبب الحد مأمور بأحد أمرين الستر احتسابا لقوله عليه السلام من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة مع ما قدمنا من الحديث في ذلك والشهادة به احتسابا لقصد إخلاء العالم عن الفساد للانزجار بالحد فأفضل الأمرين واجب مخير على الفور كخصال الكفارة فلأن كل من الستر وإخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخي وإذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه بأحد الأمرين إما الفسق وإما تهمة العداوة لأنه إن حمل على أنه من الأصل اختار الأداء وعدم الستر ثم أخره لزم الأول أو على أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني وذلك أنه سقط عليه الواجب باختيار أحدهما فالانصراف بعد ذلك إلى الشهادة موضع ظن أنه حركته حدوث عداوة بخلاف الإقرار بالزنا والسرقة لا يتحقق فيه أحد الأمرين من الفسق وهو ظاهر ولا التهمة إذ الإنسان لا يعادي نفسه فلا يبطل بالتقادم إذ لم يوجب تحقق تهمة وبخلاف حقوق العباد ولأن الدعوى شرط فيها فتأخير الشاهد لتأخير الدعوى لا يلزم منه فسق ولا تهمة وفي القذف حق العبد فيتوقف على الدعوى كغيره فلم يبطل بالتقادم فإن قيل لو كان اشتراط الدعوى مانعا من الرد بالتقادم لزم في السرقة أن لا ترد الشهادة بها عند التقادم لاشتراط الدعوى فيها لكنها ترد أجاب أولا بما حاصله أن السرقة فيها أمران الحد والمال فما يرجع إلى الحد لا يشترط فيه الدعوى لأنه خالص حق الله تعالى وباعتبار المال يشترط والشهادة بالسرقة لا تختص لأحدهما بل لا ينفك عن الأمرين فاشترطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد

ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافاً لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في باب الحدود

ولذا يثبت المال بها بعد التقادم لانه لا يبطل به ولا يقطعه لان الحد يبطل به ويدل على تحقق الامرين فيها انه اذا شهدوا بها على الانسان والمدعي غائب وهو صاحب المال يحبس المشهود به عليه حتى يحضر المدعي لما فيه من حق الله تعالى وفي القذف لا يحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعي كما في حقوق العباد الخالصة وانما لا يقطع قبل حضوره لاحتمال ان يكون سرق ملكه الذي كان عنده او ملكه اياه فلابد من تضمين الشهادة بالسرقة الشهادة بملك المسروق منه والشهادة بالملك لانسان تتوقف قبولها على حضور المشهود له بالملك ودعواه فاذا آخر رددناه في حق الحد لا المال بل الزنا والمال بخلاف ما اذا قال زنيت بفلانة او قبلة وهي غائبة لا يدري جوابها لا يحد ولا يبالي بالحد لان الثابت هناك شبهة الشبهة فلا تعتبر وشبهة السرقة لا يثبت اصلا الا لثبوت المال ولا يثبت المال بالشهادة الا بالدعوى وانما يحبس للتهمة كما تقدم ولان الثابت في غيبة المسروق منه الشبهة لان الثابت احتمال ان يقول هو ملكه وقوله هو ملكه ليس شبهة بل حقيقة لسبره بخلاف دعواه النكاح مثلا لو حضرت لانه نفس الشبهة فاحتماله شبهة الشبهة والله اعلم واجاب ثانياً بان بطلان الشهادة بالتقادم لما كان للتهمة في حق الله سبحانه وتعالى فاقيم التقادم في حقوق الله مقامها فلا ينظر بعد ذلك الى وجود التهمة وعدمها كالرخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة اديرت على السفر فلا يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمها فترد بالتقادم لا يخفى ان الشهادة بالتقادم ليس الا للتهمة ومحل التهمة ظاهر في كل حد فلا يحتاج الى اناطته بمجرد كونه حق الله ولا يصح تشبيه بالمشقة مع السفر لان المشقة امر خفي غير منضبط فلا يمكن الاناطة فيه فينط بما هو منضبط فالعدول للحاجة الى الانضباط ولا حاجة فيما نحن فان قلت فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة في حق الحد فيما لو علم المدعي بالسرقة فلم يدع الا بعد حين فشهدوا فانه لا تهمة بتاخيرهم ومع هذا لا تقطع بل يضمن المال فالجواب انما كان فيه تهمة فالرد يضاف اليها وما لم يكن قال المدعي على ما قال قاضي خان انما لم تقطع في السرقة بعد التقادم لا للتهمة بالشهود ولان الدعوى شرط القبول بل لخلل في الدعوى فان صاحب المال كان مخيراً في الابتداء فاذا اخر فقد اختار الستر فلم يبق دعوى السرقة والحد بل بقي له حق دعوى المال فقط فيقضي بالمال دون القطع كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة تقضى بالمال دون القطع انتهى فيجعل هذا الاعتبار فيما اذا كان تاخير الشهود الشهادة لتاخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة والوجه والاخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم بعلمه باعلامهم او بغيره ثم شهدوا فالوجه الاخير وهو قوله ولان السرقة تقام على الاستسرار على غيره من المالك فيبطل على الشاهد اعلامه وبالكتمان يصير فاسقاً انما يقتضي ان ترد في حق المال ايضا لفسق لكن ما ذكر من انهم اذا شهدوا والبعد التقادم يثبت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل في حق الحد لكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل بالتقادم باطلاقه يقتضي فيما اذا لم يكن التاخير لعدم تاخير الدعوى بعد علمه فهو مشكل على الوجه المذكور

قوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافاً لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه وهو قول زفر قول الائمة الثلاثة لان التاخير بعذر هربه وقد زال العذر ولنا ان الامضاء الى الاستيفاء من القضاء بحقوق الله تعالى بخلاف حقوق غيره وهذا لان الثابت في نفس الامر استنابة تعالى الحاكم في استيفاء حقه لهذا ثبت عند الشبهة فكان الاستيفاء من تتمة القضاء او هو هنا اذا لم يحتج الى التلفظ بلفظ القضاء حتى جاز له الاستيفاء من غير تلفظ بخلاف

لا تقبل

واختلفوا في حد التقادم وأشار في الجامع الصغير إلى ستة أشهر فإنه قال بعد حين وهكذا أشار الطحاوي وأبو حنيفة رحمه الله لم يقدّر في ذلك وفوّضه إلى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد رحمه الله أنه قدّره بشهر لأن ما دونه عاجل وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهو الأصح وهذا إذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر أما إذا كان تقبل شهادتهم لأن المانع بعدهم عن الإمام فلا تتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد رحمه الله وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فإنه يحد وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم

في حقوق غيره تعالى فإنه فيها لإعلام من له الحق بتحقيق حقه وتمكينه من استيفائه والله سبحانه مستغن عنهما فإنما هو في حقوقه تعالى استيفاء
وإذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حال الاستيفاء كما هو شرط حال القضاء بغير حقه إجماعا وبالتقادم لم تبق
الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء فانتفى وهذا رد المختلف إلى المختلف فإن كون قيام الشهادة وقت
القضاء شرطا صحيح لكن الكلام في معنى قيامها فعنده هو بالنظر إلى ما ينقضها من الرجوع هي قائمة حتى لو شهدوا
ثم غابوا أو ماتوا أجاز الحكم بشهادتهم وعندنا قيامها بقيامهم على الأهلية والحضور ثم قد يقال لو سلم ترجح هذا لكن التقادم
إنما يبطل في ابتداء الأداء للتهمة وقد وجدت الشهادة بلا تقادم ووقعت صحيحة موجبة فاتفاق تقادم بسبب
بلا توان منها لا يبطل الواقع صحيحا ولو قلنا إن ردها أنيط بالتقادم فلم يلتفت إلى التهمة بعد ذلك يجب كونه أنيط بتقادم
عن توان من الشاهدين وإلا فممنوع ونذكر فيما يلي هذه المقولة زيادة فيها إن شاء الله تعالى **قوله** واختلفوا في حد
التقادم أشار محمد في الجامع الصغير إلى أنه ستة أشهر حيث قال شهدوا بعد حين لو جعلوه عند
عدم النية ستة أشهر على ما تقدم في الأيمان إذا حلف لا يكلمه حينا وأبو حنيفة لم يقدره وقال أبو يوسف جهدنا
بأبي حنيفة رحمه الله أن يقدره لنا فلم يفعل وفوضه إلى رأي القاضي في كل عصر فما يراه بعد مجانبة الهوى تفريطا تقادم
وما لا يعد تفريطا غير تقادم وأحوال الشهود والناس تختلف في ذلك العرف فإنما يتوقف عليه بنظر نظر في كل واقعة
فيها تأخير فنصب المقادير بالرأي متعذرة وعن محمد أنه قدره بشهر لأن ما دونه عاجل على ما في مسألة الحلف ليقضين
دينه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر لا يحنث وبعده يحنث وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وهو الأصح ووفاق
هذه الرواية ما في المجرد قال أبو حنيفة لو سأل القاضي الشهود متى زنى فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد وإن قالوا شهرا
أو أكثر درئ عنه قال أبو العباس الناطفي فقدره على هذه الرواية بشهر وهو قول أبي يوسف ومحمد وهذا أعني كون الشهر
فصاعدا يمنع قبولها إذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر أما إذا كان تقبل شهادتهم بعد الشهر لأن المانع بعدهم
عن الإمام فلا تتحقق التهمة فقد نظر في هذا التقادم إلى تحقق التهمة فيه وعدمه وهو مخالف ما ذكره من قريب أنه بعدما
أنيط بالتقادم لا يراعى وجود التهمة في كل فرد إلا أن يقال إذا كان المانع البعد أو المرض ونحوه من الموانع الحسية والمعنوية
حتى تقادم لم يكن ذلك التقادم المناط بل هو مما لم يمكن هذه الموانع من الشهادة ويجاب بأن هذا راجع في المعنى
إلى اعتبار التقادم المناط به ما يلزمه أحد الأمرين من الفسق والتهمة ثم هذا التقادم المقدر بشهر بالاتفاق في غير
شرب الخمر أما فيه فكذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لم تقبل عندهما
وستأتي هذه إن شاء الله تعالى **قوله** وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وهي غائبة فإنه يحد أجمع الأئمة الأربعة
عليه وكذا لو أقر بالزنا بغائبة يحد الرجل لإجماعهم لحديث ماعز فإنه أقر بغائبة على ما تقدم وذكرنا وجهه ثمة ونقل الليث
عن أبي حنيفة أنه كان يقول أولا لا يحد حتى تحضر المرأة لاحتمال أن تحضر فتدعي ما يسقط الحد من نكاح مثلا ونحوه ثم رجع

تقادم

وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد لانه لا يخفى عليه امته او امرأته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل [illegible]

الى قول الكل وسيظهر وجه بطلان القول الاول فان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى والدعوى شرط في السرقة للعمل بالبينة لان الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه والشهادة للمرء على المرأة لا تقبل بلا دعوى وليست شرطا لثبوت الزنا عند القاضي وطولب بالفرق بين القصاص اذا كان بين شريكين واحدهما غائب ليس للحاضر استيفاؤه لجواز ان يحضر فيقر بالعفو وبين الشهادة بزنا الغائبة فان الثابت في كل منهما شبهة الشبهة اجيب بالمنع بل الثابت في صورة القصاص نفس الشبهة وهي احتمال العفو فان العفو ليس شبهة بل حقيقة المسقط فاحتماله هو الشبهة وانما يكون شبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتماله شبهة الشبهة بخلاف الغائبة فان نفس دعواها النكاح مثلا شبهة فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة فاعتبارها باطل والا ادى الى نفي كل حد فان ثبوته بالبينة او الاقرار والذي يثبت به يحتمل ان يرجع عنه وكذا الشهود يحتمل ان يرجعوا فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى كل حد ووجه انه شبهة الشبهة ان نفس رجوع المقر والشاهد شبهة لانه يحتمل كذبه في الرجوع شبهة الشبهة **قوله** وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لان الظاهر انها امرأته وامته فلو قال المشهود عليه المرأة التي رايتموها معي ليست زوجتي ولا امتي لم يحد ايضا لان الشهادة وقعت غير موجبة للحد وهذا اللفظ منه ليس اقرارا موجبا للحد فلا يحد واما ما قيل ولو كان اقرارا فمرة لا يقام الحد فيقتضي انه لو قال اربعا حد وليس كذلك وان اقر انه زنى بامرأة لا يعرفها حد لانه لا تشتبه عليه امرأته فان قيل قد تشتبه عليه بان لم تزف اليه قلنا الانسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما اقر بالزنا فسرع عليه انها لم تشتبه عليه بزوجته التي لم تزف وصار معنى قوله لم اعرفها اي باسمها ونسبها ولكن علمت انها اجنبية فكان هذا كالمنصوص عليه بخلاف الشاهد فانه يجوز ان يشتبه على من يشتبه عليه فكان قوله لا يعرفها ليس مسقطا للحد

قوله وان شهد اثنان حاصلها انه شهد اربعة على رجل انه زنى بفلانة الا ان رجلين قالا استكرهها وآخرين قالا طاوعته فعند ابي حنيفة يندرئ الحد عنهما وهو قول زفر والائمة الثلاثة وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهم اي الشهود الاربعة على الموجب للحد عليه كذا في بعض النسخ وهو الاحسن وفي غالبها لاتفاقهما اي الفريقين وعليه قوله وتفرد احدهما بزيادة جناية اي تفرد احد الفريقين بزيادة جناية منه من الاكراه وهو لا يوجب التخفيف عنه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت اذ قد اختلفوا فيه فتعارضوا فعدم الوجوب عليها بمعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنى بصغيرة مشتهاة او مجنونة ولابي حنيفة انه قد اختلف المشهود عليه قرره في النهاية على ظاهره فقال اختلف المشهود عليه فان المشهود عليه اثنان على تقدير وهو ما اذا كانت طائعة لان الفعل اي الزنا يكون مشتركا بينهما وكل منهما مباشر له فكانا مشهودا عليهما فيجب الحدان وواحد على تقدير وهو ما اذا كانت مكرهة فان الرجل هو المنفرد بالفعل فيجب حد واحد فكان المشهود عليه واحدا لان الاكراه يخرج المرأة من ان تكون فاعلة للزنا حكما ولهذا لا تأثم بالتمكين مكرهة فاختلاف الفعل المشهود به اورث اختلاف المشهود عليه واختلاف القول من اقوى الشبهة انتهى ولا يخفى ان المؤثر في اسقاطه عن الرجل ليس الا اختلاف الفعل المشهود به فانه هو المستقل بذلك فكونه يستلزم

ولأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وإنما سقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الإكراه لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها فصارا خصمين في ذلك وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما لأن المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافاً لزفر لشبهة الاتحاد نظراً إلى اتحاد الصورة والمرأة وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس أن لا يحد لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية أخرى بالاضطراب أو لأن الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

الشهادة على اثنين أو واحداً ويؤثر في الحكم لأن حاصل ذلك أن الرجل مشهود عليه بنصاب الشهادة على كل حال وبوجوب الحد عندهما فلا فائدة لأبي حنيفة رح في إيراد هذا الكلام بل الذي يفيده اختلاف الفعل المشهود به فاشتغاله بزيادة كلام لا أثر له ولا يفيد في المقصود فائدة يعتد بها وكونه على تقدير آخر مشهوداً عليها معه والفرض أن كان التقدير وهو طواعيتها غير ثابت فإنما هو أمر مفروض فرضاً لا فائدة فيه أصلاً ولهذا أحل شارح لفظة عليه على به وعليه اقتصر في الكافي فقال ولأن المشهود به اختلف وليس على أحدهما أي على أحد الوجهين اللذين بهما الاختلاف نصاب الشهادة فلا يجب شيء وهذا لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفاً في جانبه ضرورة يعني أن الزنا بطائعة غير الزنا بمكرهة وشهادتهم بزنا دخل في الوجود والشاهدان بزناه بطائعة ينفيان زناه بمكرهة والآخران ينفيان زناه بطائعة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق في الخارج شهادة أربعة وقول المصنف يقوم بهما لا يريد قيام العرض بعد فرض أنه واحد بالشخص بل أنه يتحقق قيامه أي وجوده بهما **قوله** ولأن شاهدي الطواعية لما انتفى الحد عنها صارا قاذفين لها بالزنا فصارا خصمين لها ولا شهادة للخصم فكان مقتضاه أن يحد أحد القذف لكن سقط بشهادة الآخرين بزناها مكرهة فإن الزنا مكرهاً يسقط الإحصان في حد القذف والإحصان يثبت بشهادة اثنين فلما سقط شهادتهما في حقها سقطت في حقه بناء على اتحاد الفعل فصار على زناه شاهدان فلا يحد وهذا الاعتذار في سقوط حد القذف تحتاج إليه عندهما على ما ذكره في جامع شمس الأئمة حيث قال لم يجب حد القذف على الشهود وعند أبي حنيفة لأنهم اتفقوا على النسبة إلى الزنا بلفظة الشهادة وذلك يخرج لكلامهم من كونه قذفاً كما في المسئلة التي تلي هذه وأما عندهما فلأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها لكن شاهدي الإكراه أسقطا إلى آخر ما ذكرناه **قوله** وإن شهد اثنان أي شهد أربعة على رجل بالزنا اثنان منهم شهدا أنه زنى بها بالكوفة والآخران أنه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعاً لأن المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان لأن الزنا بالكوفة ليس هو الزنا بالبصرة ولم يتم على كل منهما نصاب الشهادة وهو الشهادة أربعة ولا يحد الشهود للقذف وفيه خلاف زفر فعنده يحدون للقذف وهو قول الشافعي لأن العدد لما لم يتكامل زناً صاروا قذفة كما لو كانوا ثلاثة شهدوا به فإنهم يحدون قلنا كلامهم وقع شهادة لوجود شرائطها من الأهلية ولفظ الشهادة وتم العدد في حق المشهود عليه فإن شبهة الاتحاد في نسبة الزنا لامرأة واحدة وصفة الشهادة ثابتة وبذلك حصل شبهة اتحاد الزنا المشهود به فيندرئ الحد عنهم والحاصل أن في الزنا شبهة أوجبت الدرء عن المشهود عليه وفي القذف شبهة أوجبت الدرء عن الشهود قال قاضي خان وكلامنا أظهر لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم وقد وجد الإتيان بأربعة **قوله** وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ومعناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا أعني حد الرجل مع هذا الاختلاف استحسان والقياس أن لا يحد لاختلاف المكان حقيقة وبه يختلف الفعل المشهود به فيصير كالتي قبلها من البلدين والدارين والقياس قول زفر والشافعي ومالك وجه الاستحسان أنهم اتفقوا على فعل واحد حيث

وان شهد اربعة انه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم
جميعا اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق

نسبوه الى بيت واحد صغير اذ الكلام فيه بخلاف الكبير وبعد ذلك تعيينهم زوايا واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل لان البيت
اذا كان صغيرا والفعل وسطه فكل من كان فى وجهه يظن انه اليه اقرب فيقول انه فى الزاوية التى تليه بخلاف الكبير فانه لا يحتمل هذا فهو
كالدارين فكان اختلافهم صورة لا حقيقة او حقيقة والفعل واحد بان كان ابتداء الفعل فى زاوية ثم صارا الى اخرى بتحركهما عن الفعل
واما ما قيل اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله فليس بجيد لان ذلك ايضا قائم فى البلدين نعم انما هم مكلفون بان يقولوا مثلا فى دار الاسلام
فالوجه ما اقتصرنا عليه فان قيل هذا توفيق لاقامة الحد وهو احتياط فى الاقامة والواجب درؤه اجيب بان التوفيق مشروع
صيانة النصوص عن التعطيل فانهم لو شهد اربعة على رجل بالزنا بفلانة قبلوا مع احتمال شهادة كل منهم على زنا ها فى غير الوقت
وقبوله مبنى على اعتبار شهادة كل منهم على نفس الزنا الذى شهد به الآخر وان لم ينص عليه فى شهادته فان قيل الاختلاف
فى مسئلتنا منصوص عليه وفى هذه مسكوت عنه اجيب بان التوفيق مشروع فى كل من الاختلاف المنصوص والمسكوت
ومن الاول اذا اختلفوا فى الطول والقصر او فى السمن والهزال وفى انها بيضاء او سمراء وعليها ثوب احمر واسود تقبل فى كل ذلك
وقد استشكل على هذا مذهب ابى حنيفة فيما اذا شهدوا فاختلفوا فى الاكراه والطواعية فان هذا التوفيق ممكن بان يكون
ابتداء الفعل كرها وانتهاؤه طواعية قال فى الكافى يمكن ان يجاب عنه بان ابتداء الفعل اذا كان عن اكراه لا يوجب الحد فبالنظر
الى الابتداء لا يجب وبالنظر الى الانتهاء يجب فلا تجب بالشك وهنا بالنظر الى الزاويتين يجب فافترقا **قوله** ولو شهد اربعة
انه زنى بامرأة عند طلوع الشمس بالنخيلة بالنون والخاء المعجمة تصغير نخلة مكان بظاهر الكوفة وقد يقال بجيلة بالباء المفتوحة
والجيم وهو تصحيف لانه اسم قبيلة باليمن وشهد اربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند فلا حد على احد منهم اما عنهما
فلا تيقن بكذب احد الفريقين غير عين اذ الانسان لا يتصور منه الزنا فى ساعة واحدة فى مكانين متباعدين فلا يجب حدهما بالشك
واما فى الشهود فلا تيقن بصدق احد الفريقين فلا يحدون بالشك فلو كان المكانان متقاربين جازت شهادتهم لانه يصح كون الامرين
فيهما فى ذلك الوقت لان طلوع الشمس يقال لوقت ممتد امتدادا عرفيا الا انه يخص بظهورها من الافق ويحتمل تكرار الفعل ودير هند
بظاهر الكوفة وهند بنت النعمان بن المنذر ماء السماء كانت ترهبت وبنت هذا الدير واقامت به وخطبها المغيرة بن
شعبة ايام امارته على الكوفة فقالت والصليب ما فى رغبة بجمال ولا لكثرة مال انما اراد ان يفتخر بنكاحى فيقول ع نكحت بنت النعمان
بن المنذر والا فاى رغبة لشيخ اعور فى عجوز عمياء فصدقها المغيرة وقال فى ذلك ع ادركت ما منيت نفسى خاليا ٭ لله درك
يا ابنة النعمان ٭ فلقد رددت على المغيرة ذهنه ٭ ان الملوك ذكية الاذهان ٭ انى لحلفك بالصليب مصدق ٭ والصلب اصدق حلفة
الرهبان ٭ فكانت بعد تدخل عليه فسألها يوما عن حالها فقالت ع فبينا نسوس الناس والامر امرنا ٭ اذا نحن فيهم سوقة نتنصف
فاف لدنيا لا يدوم نعيمها ٭ تقلب تارات بنا وتصرف ٭ ذكر هذا ابن الشجرى فى اماليه على القصيدة النازلية للشريف الرضى التى اولها ع
مازلت اطرق المنازل باللوى ٭ حتى نزلت منازل النعمان ٭ ولقد رأيت بدير هند منزلا ٭ الما من الرضا والحدثان ٭ مغض كمستمع
الهوان تغيبت ٭ انصاره وخلا عن الاعوان ٭ بالى المعالم اطرقت شرفاته ٭ اطراق منجذب القرينة عان ٭ وذكرت مشبهها الراجح

وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعنى المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليس بحجة في ايجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة والعبد ليس باهل للتحمل والاداء فلم يثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء وان شهدوا بذلك وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا لا يجب الحدان وسيأتي فيه خلاف الشافعي رحمه الله بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد فصل وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة اذ الشهود ثلثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال قال العبد الضعيف عصمه الله معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون

بجره ومن قبل بيع زمانها بزمان * وبيارد على المغيرة ذبت منزع النوار الجليبة الاذقان * والنوار من النساء التي تنفر من الريبة يقال نارت المرأة تنور نورا اذا نفرت من القبيح **قوله** وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر بان نظر النساء اليها فقلن هي بكر درئ الحد عنها اي عن المشهود عليها بالزنا وعنهم اي ويدرأ حد القذف عن الشهود وهو احد قولي الشافعي واحمد وعند مالك تحد المرأة والرجل اما الدرء عنها فلظهور كذب الشهود اذ لا بكارة مع الزنا وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحد وقيل ان يقال ان لم تتعارض بشهادتهم شهادتهن تثبت بشهادتهن بكارتها وهو لا يستلزم عدم الزنا لجواز ان تعود العذرة لعدم المبالغة في ازالتها فلا يعارض شهادة الزنا فينبغي ان لا يسقط الحد وان عارضت بان لا يتحقق عود العذرة يجب ان تبطل بشهادتهن لانها لا تقوى قوة شهادتهم قلنا سواء انتهضت معارضة او لا لا بد ان تورث شبهة بها يندرئ ولذا يسقط بقولهن هي رتقاء او قرناء ويقبل في ذلك قول امرأة واحدة واما عن الشهود فلتكامل عددهم في الشهادة على الزنا وانما امتنع الحد بشهادتهم لقولهن وقولهن حجة في اسقاط الحد لا في ايجابه والحاصل انه لم يقطع بكذبهم لجواز صدقهم وتكون العذرة قد عادت لعدم المبالغة في ازالتها بالزنا او لكذبهن **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف يحد الشهود ولا يحد المشهود عليه والاصل ان الشهود باعتبار التحمل والاداء انواع اهل للتحمل والاداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل واهل لهما على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب ومقابل القسمين ليس اهلا للتحمل ولا للاداء وهم العبيد والمجانين والصبيان والكفار واهل للتحمل لا الاداء كالمحدودين في قذف والعميان فالاول يحكم بشهادته وتثبت الحقوق بها والثاني يجب التوقف فيها ليظهر صدقه او لا فلا والثالث لا شهادة له اصلا حتى لا يعتبر فيما لم تعتبر للاداء فلا يصح النكاح بحضورهما وشهادتهما والرابع يعتبر في هذا فيصح النكاح بحضور العميان والقذفة ولو شهد والعبد ذلك لم يقبل اداؤهم ففي المسئلة المذكورة عدم الحد للزنا ظاهر لانه لا يثبت بشهادة هؤلاء ما يثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بها ما لا يثبت معها من الحدود وهذا لان العميان والمحدودين ليسوا اهلا للاداء والعبد ليس اهلا للتحمل ايضا فلم يثبت بشهادتهم شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء فصاروا قذفة فيحدون بخلاف الفساق اذا شهد اربعة منهم على الزنا لا يحدون وان لم يقبلوا لانهم اهل للاداء مع قصور حتى لو حكم حاكم بشهادة الفاسق نفذ غير انه لا يحل له ذلك فاحتطنا في الحد فسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت ويأتي فيه خلاف الشافعي بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة وكذا قال احمد في رواية عنه **قوله** وان نقص عدد الشهود عن اربعة بان كانوا ثلاثة فاقل حدوا حد القذف يعني اذا طلب المشهود عليه بالزنا ذلك لانه حقه فيتوقف على طلبه وهذه اجماعية لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وحين شهد على المغيرة ابو بكرة ونافع وشبل بن معبد ولم يكمل زياد شهادته حد عمر رضي الله عنه الثلاثة الشهود بمحضر من الصحابة وكان اجماعا والاربعة اخوة لام واسم امهم سمية واما وجهه من جهة المعنى فلان اللفظ لا شك في انه قذف وانما تخرج عن حكم القذف اذا احتسب شهادة ولا تعتبر شهادة الا اذا كانوا اربعا **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم الخ حاصلها انه اذا حد بشهادة شهود جلدا

لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم فصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة رح ان الواجب هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضا معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم في الامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجاب الحد

فجرحه الجلاد او مات منه لعدم احتماله اياه ثم ظهر بعض الشهود عبدا او محدودا في قذف او عمى او كافرا فانهم يحدون بالاتفاق لان الشهود صاروا اقل من اربعة ومتى كانوا اقل حدوا حد القذف ثم قال ابو يوسف ومحمد ارش الجراحة ودية النفس فيما اذا مات في بيت المال وقال ابو حنيفة لا شيء عليهم ولا على بيت المال ولو كان الحد الرجم فرجم ثم ظهر احد الشهود على ما ذكرنا فديته على بيت المال اتفاقا قال المصنف رح وعلى هذا اذا رجع الشهود بعد ما ضرب فجرح او مات لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات وظاهره انه لا يحسن كل الحسن لفظ وعلى هذا لان مثله يقال اذا كان الخلاف في المشار اليها كالخلاف في المشبه به وليس هنا كذلك فان ذلك الخلاف هو ان الارش والدية في بيت المال عندهما وعنده ليس على بيت المال شيء وهنا عندهما على الشهود وعنده ليس عليهم شيء وقال الشافعي ومالك واحمد الارش والدية على الحاكم **قوله** لهما ان الواجب مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الجرح والموت الى شهادتهم فصاروا كالمباشرين لما اوجبوه بشهادتهم فرجوعهم اعتراف بانهم جناة في شهادتهم كمن ضرب شخصا بسوط فجرحه او مات وكشهود القصاص والقطع اذا رجعوا هذا اذا رجعوا واما اذا لم يرجعوا بل ظهر بعضهم عبدا او محدودا الخ وهو المراد بقوله وعند عدم الرجوع لم يكونوا معترفين بجنايتهم فيجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي لانه الآمر له وفعل المامور ينتقل الى الآمر عند صحة الامر فكانه ضرب بنفسه ثم ظهر خطاؤه وفيه يكون الضمان في بيت المال لانه عامل للمسلمين لا لنفسه فتجب الغرامة التي لحقته بسبب عمله لهم في مالهم وصار الجرح والموت من الجلد كالرجم والقصاص اذا قضى به فان الضمان عند ظهور الشهود محدودين او عبيدا الخ في بيت المال اتفاقا **قوله** ولابي حنيفة ان الواجب بشهادتهم هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فتضمن هذا منع قولهما الواجب مطلق الضرب وقولهما في اثباته ان الاحتراز عن الجارح خارج عن الوسع ممنوع بل ممكن غير عسر ايضا ولا يقع جارحا الا لخرق الضارب وقلة هدايته وتركه احتياطه فاقتصر عليه فلا يتعدى الى الشهود ولا القاضي بخلاف الرجم فانه مضاف الى قضاء القاضي لانه قضى به ابتداء ثم ظهر خطاؤه ومصلحة عمله للعامة فيكون موجب ضرر خطائه عليهم في مالهم لان الغرم بالغنم اما الجلد الجارح فلم يقض به فلا يلزمه ليكون في بيت المال بل يقتصر على الجلاد الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح لانه لم يتعمده فلو ضمناه لامتنع الناس من الاقامة مخافة الغرامة واذا لم يجب الغرامة عليه ولا على الشهود ولا على القاضي ليثبت في بيت المال لم يجب اصلا وهو المطلوب وقوله في الصحيح احتراز عن قول فخر الاسلام في مبسوطه لو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس مامورا بهذا الوجه بل بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد فعله على هذا الوجه رجع تعديا فيجب عليه الضمان وهذا وجه من جعله احترازا عن جواب القياس وانما يقال ذلك لضرورة عدم الخلاف في الواقع **قوله** وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها اي في هذه الشهادة التي هي الشهادة على الشهادة زيادة شبهة لتحققها في موضعين في تحمل الاصول وفي نقل الفروع وهو قول مالك واحمد والاصح من مذهب الشافعي انه يحد بها اذا تكاملت ش ولنا ونحن بينا زيادة الشبهة وهي وان لم تمنع في الشرع لان الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة

وإذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حُدّ الراجع وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي رح يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات ان شاء الله تعالى واما الحد فمذهب علمائنا الثلثة رح وقال زفر رح لا يحد لانه ان كان الراجع قاذف حي فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتني عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد رح حد الراجع خاصة لان الشهادة تاكدت بالقضاء فلا ينفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر رح يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون

والزم القضاء بموجبها في المال لكنها ضعيفة بما ذكرنا ولا يلزم من اعتبارها في الجملة اعتبارها في كل موضع كشهادة النساء مع الرجال صحيحة لذلك وليست معتبرة في الحدود ولزيادة شبهة فيها فعلم ان الشهادة مع زيادة مثل تلك الشبهة معتبرة الا في الحدود وسببه انه يحتاط في درء الحد عن المشهود عليه فلو كان الاحتياط رد ما كان كذلك من الشهادة كما ردت شهادة النساء فيها ولا يصار الى اعتبار البدل في موضع يحتاط في اثباته فيما يحتاط في ابطاله فان جاء الاولون يعني الاصول فشهدوا بالمعاينة بنفس ما شهد به الفروع من الزنا فعند لا تقبل ايضا لان الشهادة بهؤلاء الاصول قد ردها الشرع من وجه برد شهادة الفروع في عين الحادثة التي شهد بها الاصول اذ هم قائمون مقامهم فصار شبهة في درء الحد من المشهود عليه بالزنا ثم لا يحد المشهود الاصول ولا الفروع لان عددهم متكامل فلم تكن شهادتهم قذفا غير انه امتنع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه فلا توجب حد القذف على الشهود **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم حاصل وجوه رجوع واحد ثلاثة اما قبل القضاء او بعده قبل الامضاء او بعده ذكرها المص كلها فذكر اولا اذا رجع واحد من الاربعة بعد الامضاء وهو الرجم مثلا وان حكمه انه وحده يغرم ربع الدية اما غرامة ربع الدية فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباعها فيكون التالف بشهادة الراجع ربعها لاتلافه بها ربع النفس حكما فيضمن بدل الربع وقال الشافعي يجب القتل لا المال بناء على اصله في شهود القصاص انهم اذا رجعوا يقتلون قال المص وسنبينه في الديات قيل وقعت الحوالة غير رائجة لانه لم يذكر فيه واما حد الراجع وحده فمذهب علمائنا الثلاثة يحد وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذف حي برجوعه فقد بطل بالموت لان حد القذف لا يورث لان الغالب فيه حق الله فيورث شبهة وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي وحكمه برجمه يوجب شبهة في احصانه ولهذا لا يحد الباقون اجماعا **قوله** ولنا الخ حاصله اختيار الشق الثاني وهو انه قذف ميت ثم نفي الشبهة الدارئة لحد القذف عنه اما انه قذف ميت فلان الرجوع تنفسخ شهادته فتصير قذفا للحال لانه بالرجوع يستبين ان تلك الشهادة كانت قذفا من الاول لانها حين وقعت كانت معتبرة شهادة غير ان بالرجوع ينفسخ فتصير قذفا للحال كمن علق الطلاق ثم وجد الشرط بعد سنة فوقع يقع الآن لا انه يتبين انه وقع حين التكلم به وكذا اذا فسخ وارث المشتري البيع مع البائع بعد موت المشتري يثبت به الملك في الحال للبائع بخلاف ما لو ظهر احدهم عبدا بعد الحد فانهم يحدون كلهم لانه ظهر ان الراجع وغيره قذفه لان العبد لا شهادة له فكان عدد الشهود ناقصا فيحدون وانما لا يحدون بعد الرجم عند ظهور احدهم عبدا لانه قذف حيا فمات واما ان كونه مرجوما ليس شبهة في حقه دارئة للحد عنه ولانه لما انفسخت الحجة انفسخ ما بني عليها وهو القضاء برجمه في حقه بزعمه واعترافه فاذا انفسخ تلاشى فكانه لم يكن لكن ذلك في حق الراجع خاصة فلم يكن بحيث يوجب شبهة في حقه لان زعمه معتبر في حقه بخلاف غيره لانه لم ينفسخ في حق غيره فلهذا حد الراجع ولم يحد غيره لو قذفه لان القضاء لما كان قائما في حق الغير صار المرجوم غير محصن في حقه ثم ذكر المص رجوع الواحد قبل الامضاء بعد القضاء فقال فان لم يحد المشهود عليه بالزنا حتى رجع واحد منهم اي بعد القضاء قبل الامضاء حدوا جميعا وقال محمد وزفر يحد الراجع وحده لان الشهادة تاكدت بالقضاء

فإن كانوا خمسة فرجع أحدهم فلا شيء عليه لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الأربع فإن رجع آخر حدا وغرما ربع الدية أما الحد فلما ذكرنا وأما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فإذا الشهود مجوس أو عبيد فالدية على المزكين عند أبي حنيفة رحمه الله معناه إذا رجعوا عن التزكية وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو على بيت المال وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما أنهم أثنوا على الشهود خيرا فصار كما إذا أثنوا على المشهود عليه خيرا بأن شهدوا على إحصانه وله أن الشهادة إنما تصير حجة عاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم إليها بخلاف شهود الإحصان لأنه محض الشرط ولا فرق بين ما إذا شهدوا بلفظة الشهادة أو أخبروا وهذا إذا أخبروا بالحرية والإسلام أما إذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لأن العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لأنه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لأنهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه

فلم يبق طريق إلى وقوعها قذفا فالرجوع بعد القضاء قبل الإمضاء إنما يؤثر فسخ القضاء في حقه خاصة كالرجوع بعد الاستيفاء ولهما أن الإمضاء أي استيفاء الحد من القضاء وقد تقدم بيان كون الإمضاء من القضاء في حقوق الله تعالى في مسألة التقادم فكان رجوعه قبل الإمضاء كرجوعه قبل القضاء وتظهر ثمرة كون الإمضاء من القضاء فيما إذا اعترضت أسباب الجرح في الشهود أو سقوط إحصان المقذوف أو عزل القاضي يمتنع استيفاء حد القذف ونحوه ثم ذكر رجوعه قبل القضاء فقال ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وهو قول الأئمة الثلاثة وقال زفر يحد الراجع خاصة لأن رجوعه عامل في حق نفسه دون غيره فبقي شهادتهم على ما هي عليه لا تنقلب قذفا ولنا أن كلامهم قذف في الأصل وإنما تصير شهادة باتصال القضاء به ولم يتصل به لأن رجوعهم منع من ذلك فيبقى قذفا فيحدون والأولى أن يقال كلامهم قذف في الأصل وإنما تصير شهادة ما دام بصفة إيجاب القضاء على القاضي وبالرجوع انتفى فكان قذفا وهذا لأن كونه لا يخرج عن القذف إلى الشهادة إلا باتصاله بحقيقة القضاء مما يمنع إذا عرف هذا قلنا لو امتنع الرابع من الأداء يحد الثلاثة ولا يكون ذلك بسكوت الرابع بل بنسبة الثلاثة إياه إلى الزنا قولا فكذا إذا رجع أحدهم يحد الثلاثة لعدم تمام نصاب الشهادة قوله وإن كانوا خمسة عطف على أول المسئلة وهو شهد أربعة ورجع أحدهم أي بعد الرجم لا شيء عليه لا حد ولا غرامة لأنه بقي بعد رجوعه من يبقى بشهادته كل الحق وهو الشهادة الأربعة وهو قول الأئمة الأربعة سوى قول الشافعي في غير الأصح عندهم وإن رجع آخر مع الأول حد كل منهما وغرما ربع الدية وللشافعي تفصيل وهو أنهما إن قالا أخطأنا وجب عليهما قسطهما من الدية وفيه وجهان في وجه خمسا وفي وجه ربعها كقولنا ولو قالا تعمدنا الكذب يقتلان أما الحد فلما ذكرنا يعني من أن الشهادة تنقلب قذفا للحال فعليهما الحد يعني عند رجوع الثاني تنفسخ شهادتهما قذفا لعدم بقاء تمام الحجة بعد رجوع الثاني لأن رجوع الثاني هو الموجب للحد وأما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر في قدر لزوم الغرامة بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف قوله وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وزكوا بأن قال المزكون هم أحرار مسلمون عدول أما لو اقتصروا على قولهم عدول فلا ضمان على المزكين بالاتفاق إذا ظهروا عبيدا فإن زكوا كما قلنا فرجم ثم ظهر بعضهم كافرا أو عبدا فإما أن يستمر المزكون على تزكيتهم قائلين هم أحرار مسلمون فلا شيء عليهم اتفاقا ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بأنهم كانوا مسلمين فإذا ما ظهر كفرهم وإن أخطأنا في ذلك فكذلك لا يضمنون بالاتفاق فلم يبق لصورة الرجوع التي فيها الخلاف إلا أن يقولوا تعمدنا فقلنا هم أحرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم ففي هذه الصورة قال أبو حنيفة رحمه الله الدية على المزكين وقال أبو يوسف ومحمد على بيت المال وهو قول الأئمة الثلاثة إذا عرف هذا فقول المصنف فقيل هذا إذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ليس على ما ينبغي بعد قوله إذا رجعوا عن التزكية لأنه يوهم أن في صورة الرجوع الخلافية قولين إن رجعوا بهذا الوجه أو بما عم منه وليس كذلك لهما أنهم لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وهو بالمباشرة أو التسبب وعدم المباشرة ظاهر وكذا التسبب لأن سبب الإتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وإنما أثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو أثنوا على المشهود عليه بالإحصان فكما لم يضمن الشهود الإحصان بعد رجم المشهود عليه إذا ظهر غير محصن لأنهم لم يثبتوا السبب كذلك لا يضمن المزكون ولأبي حنيفة أن الشهادة بالزنا إنما تصير حجة موجبة

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لأنه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فأورث شبهة بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء لأن الشهادة لم تصر حجة بعد ولأنه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما إذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية في ماله لأنه عمد والعواقل لا تعقل العمد وتجب ذلك في ثلاث سنين لأنه وجب بنفس القتل وإن رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال لأنه امتثل أمر الإمام فنقل فعله إليه ولو باشره بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما إذا ضرب عنقه لأنه لم يأتمر أمره وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لأنه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فأشبه الطبيب والقابلة

للحكم بالرجم على الحاكم بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة للإتلاف لأنها موجبة موجبية الشهادة للحكم به وعلة العلة كالعلة في إضافة الحكم إليها على ما عرف بخلاف الإحصان فإنه ليس موجبا للعقوبة ولا لتغليظها بل الزنا هو الموجب فعند الإحصان يوجبها تغليظا لأنه كفر نعمة الله فلم تضف العقوبة إلى نفس الإحصان الذي هو النعمة بل إلى كفران النعمة فكانت شهادة شهود الإحصان بثبوت علامة على استحقاق تغليظ العقوبة والسبب وضع الكفران في موضع الشكر ثم أفاد المصنف أنه لا يشترط في التزكية لفظ الشهادة بأن قالوا نشهد أنهم أحرار الخ بل ذلك أو الإخبار كأن يقولوا هم الأحرار وكذا لا يشترط مجلس القضاء اتفاقا ثم لا يشترط العدد في المزكي عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد فيشترط الاثنين في سائر الحقوق والأربعة في الزنا وتجوز شهادة رجل وامرأتين في الإحصان ثم لا يحد الشهود حد القذف لأنهم قذفوا حيا فمات ولا يورث استحقاق حد القذف واعلم أنه وقع في المنظومة قوله على المزكين ضمان من رجم ❊ إن ظهر الشاهد عبدا فعلم وأوجبوا ضمان هذا المتلف ❊ من بيت مال المسلمين فاعرف وفي المزكين إذا هم رجعوا كذا وقالا عزروا وأوجعوا وفي المختلف ما يوافق ما في المنظومة لأنه قال بعد ذكر الخلاف مطلقا عن قيد الرجوع وعلى هذا الخلاف إذا رجع المزكون قال في المصفى شرح المنظومة وهذا إشكال ما كل فإنا إن أولنا المسئلة بالرجوع يلزم التكرار وإن لم نأولها بالرجوع يلزم المخالفة بين الروايات فيحتمل أن يكون في المسئلة روايتان ويدل عليه أنه ذكر فخر الإسلام في الجامع الصغير مطلقا كما ذكرنا وفي الشرح خلافه ثم قال ويحتمل أن يأول بالرجوع ولا يلزم التكرار لأن المسئلة الأولى فيما إذا ظهر الشهود عبيدا أو رجع المزكون أيضا والمسئلة الثانية يعني التي في البيت الثالث فيما إذا رجع المزكون فحسب فالتفاوت ظاهر انتهى وعلى هذا فالخلاف في موضعين ما إذا ظهروا عبيدا ورجعوا وما إذا رجعوا فقط وأما التعزير بهم فاتفاقي وقول صاحب المجمع ولو عبيدا شهدوا فزكوا فرجم ثم ظهروا واحدهم عبيد فالضمان على المزكين إن تعمدوا وقالا في بيت المال ولو رجع المزكون عزروا لا يفيد تحقق الخلاف في الضمان في مجرد رجوعهم بل أفاد مجرد الاتفاق على التعزير فالإشكال قائم على صاحب المنظومة على ما مشى هو عليه وحاصل الجمع اشتراط الرجوع مع الظهور لتحقق الخلاف ولا ينفرد الظهور بتضمين الخلافي بل الاتفاق أنه في بيت المال كما سيذكر وينفرد رجوع المزكين بالتضمين المختلف فيه أهو عليهم أو على بيت المال وبه يزول الإشكال عنه غير أن من العجب كون مجرد رجوع المزكين موجب الضمان على الخلاف ولم يذكر في الأصول كالجامع والأصل قوله وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه الخ استوفى أقسامها في كافي حافظ الدين فقال إن شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر الإمام برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود في العمد والدية في الخطأ على عاقلته وكذا إذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وإن قضى برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ لا شيء عليه وإن قتله عمدا بعد القضاء ثم وجد الشهود عبيدا أو كفارا أو محدودين في قذف فالقياس أن يجب القصاص لأنه قتل نفسا محقون الدم عمدا لكنه لما ظهر أن الشهود عبيد تبين أن القضاء لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به إذ المأمور به الرجم وهو قد حز رقبته فلو وافق أمر القاضي لم يصر فعله منقولا إليه فبقي مقصورا عليه وفي الاستحسان تجب الدية لأن قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر وحين قتله كان القضاء صحيحا فأورث شبهة الإباحة وهذا لأنه لو نفذ ظاهرا وباطنا تثبت حقيقة الإباحة فإذا نفذ من وجه دون وجه تثبت شبهة الإباحة بخلاف ما لو قتله قبل القضاء لأن الشهادة لم تصر حجة يعني فيقتص منه في العمد فصار كمن قتل إنسانا على ظن أنه حربي وعليه

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والإحصان يثبت بمثله فإن لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله فالشافعي مرّ على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الأموال وزفر رحمه الله يقول إنه شرط في معنى العلة لأن الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم إليه فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة وإنها مانعة من الزنا على ما ذكرناه فلا يكون في معنى العلة وصار كما إذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لأن العتق يثبت بشهادتهما وإنما لا يثبت سبق التاريخ لأنه يكره المسلم أو يتضرر به المسلم فإن رجع شهود الإحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم

سلام ثم ظهر أنه مسلم وعليه الدية في ماله لأنه عمد والعاقلة لا تعقل العمد وتجب في ثلاث سنين لأنه وجب بنفس القتل وما يجب بنفس القتل يجب مؤجلا كالدية بخلاف ما وجب بالصلح عن القود حيث يجب حالا لأنه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فأشبه الثمن وما في الكتاب لا يخفى بعد ذلك وقوله وإن رجم ضبطه الأساتذة بالبناء للفاعل ليرجع ضميره إلى الرجل في قوله فضرب رجل عنقه ويطابق قول السرخسي في المبسوط وأما في مبسوط شمس الأئمة حيث قال فيه وإن كان هذا الرجل قتله رجما ثم وجدوا عبيدا تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا يعني في مسئلة الجلاد إذا جرح من قوله ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم كذا هذا أي الرجل القاتل بالرجم بعد أمر القاضي بخلاف ما إذا ضرب عنقه ثم ظهروا عبيدا تجب الدية في ماله كما ذكرنا لأنه لم يأتمر أمره فلم ينتقل فعله إليه كما ذكرناه آنفا ولهذا لو وديه على القتل بالسيف ولا يوديه بها لأنه لم يتخالف **قوله** وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر إلى فرجها قبلت شهادتهم وبه قال الشافعي في المنصوص ومالك وأحمد لأنه لضرورة ثبوت القدرة على إقامة الحسبة والنظر إلى العورة عند الحاجة لا يوجب فسقا كنظر القابلة والخافضة والختان والطبيب وعد في الخلاصة مواضع حل النظر إلى العورة للضرورة فزاد الاحتقان والبكارة في العنة والرد بالعيب والمرأة في حق المرأة أولى وإن لم توجد سترا ما وراء موضع الضرورة بخلاف ما لو قالوا تعمدنا النظر للتلذذ لا يقبل إجماعا ونسب إلى بعض العلماء أنه لا تقبل شهادتهم إلا إذا لم يبينوا كيفية النظر فيحمل أنه وقع اتفاقا لا قصدا وقلنا النظر يباح للحاجة على ما قلنا **قوله** وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم قال المص معناه أنه ينكر الدخول بها بعد وجود سائر الشرائط أي شرائط الإحصان لأن الحكم شرعا بثبوت النسب منه حكم بالدخول إلى آخر ما ذكر وكذا لو طلقها طلقة تعقب الرجعة ولو كانت غير مدخول بها بانت بالواحدة الصريحة والغرض أنهما مقران بالولد ولو ثبت الدخول بشهادة شاهدين ثبت الإحصان فإذا ثبت بشهادة الشرع فإقراره بها أولى على كون المعنى ما ذكر المص من أن الغرض وجود سائر شرائط الإحصان يدخل فيه أن بينهما نكاحا صحيحا فما عن الأئمة الشافعي ومالك وأحمد من أنه لا يثبت بذلك لاحتمال كونه من دخول على وجه الصحة ليس بخلاف لأن الفرض أنها امرأته لا يكون من وطء بشبهة لغير المنكوحة ولا من نكاح فاسد لأن النكاح الفاسد لا يستمر ظاهرا موكدا على وجه الدوام والاستقرار كما يفيده قوله وله امرأة **قوله** فإن لم تكن ولدت له وشهد عليه إلخ والمقصود من هذه أن الإحصان يثبت بشهادة النساء مع الرجال خلافا لزفر والشافعي ومالك وأحمد إلا أن المبنى مختلف فعندهم شهادتهن في غير الأموال لا تقبل وعند زفر قبلت إلا أنه يقول الإحصان شرط في معنى العلة والشأن في إثبات أنه في معنى العلة وفي نفيه لأنه الدائر فقال لأن تغليظ العقوبة تثبت عنده بخلاف الشرط المحض فأشبهت حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم وهو محصن أنه أعتقه قبل زناه لا تقبل مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة في غير هذه الحالة لما ذكرنا من أنه شرط في معنى العلة فصار كشهادتهم على زناه إذا كان المقصود تكميل العقوبة ولزم من أصله هذا وهو أنه شرط في معنى العلة أنه إذا رجع شهود الإحصان يضمنون عنده وعندنا لا يضمنون إذا كان علامة محضة ولنا في نفي أنه في معنى العلة أن الإحصان ليس إلا عبارة عن خصال حميدة بعضها غير داخل تحت قدرته كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالإسلام وبعضها مندوب إليه كالنكاح الصحيح والدخول فيه

وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رح كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة رض ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود رض وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا

إنما تلتبس على ذوي المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها لأن المعقول يفيد قبولها بعدم التهمة والتهمة لا تتحقق في الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تأخير الأداء تأخيرا يعد تفريطا وذلك منتف في تأخير يوم ونحوه وبه تذهب الرائحة أجاب المصنف وغيره بما حاصله أن اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قول ابن مسعود رض وهو ما روى عبد الرزاق ثنا سفيان الثوري عن يحيى بن عبد الله التيمي الجابر عن أبي ماجد الحنفي قال جاء رجل بابن أخ له سكران إلى عبد الله بن مسعود فقال عبد الله ترتروه ومزمزوه واستنكهوه ففعلوا فرفعه إلى السجن ثم عاد به من الغد ودعا بسوط ثم أمر به فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت درة ثم قال للجلاد اجلد وارجع يدك وأعط كل عضو حقه ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني ورواه إسحاق بن راهويه أخبرنا جرير بن عبد الحميد عن يحيى بن عبد الله الجابر به ودفع بأن محل النزاع كون الشهادة لا يعمل بها إلا مع قيام الرائحة والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها لعدم الرائحة وقت أدائها بل ولا إقرار إنما فيه أنه حده لظهور الرائحة بالترترة والمزمزة التحريك ليستنكه والترترة والتلتلة التحريك وهما بتاءين مثناتين من فوق قال ذو الرمة يصف بعيرا بعيد مسافة الخطو غوج شمردل تقطع أنفاس المهار تلاتله أي حركاته والمسافة جمع مسافة والغوج بالغين المعجمة الواسع الصدر ومعنى تقطع تلاتله أنفاس المهاري أنه إذا باراها في السير أطرفي أنفاسها الضيق والتتابع لما يجدها وإنما فعله لأن بالتحريك تظهر الرائحة من المعدة التي كانت خفيت وكان ذلك مذهبه ويدل عليه ما في الصحيحين عن ابن مسعود رض أنه قرأ سورة يوسف فقال رجل ما هكذا أنزلت فقال عبد الله والله لقد قرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحسنت فبينا هو يكلمه إذ وجد منه رائحة الخمر فقال أتشرب الخمر وتكذب بالكتاب فضربه الحد فأخرج الدارقطني بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب رض أنه ضرب رجلا وجد منه ريح الخمر وفي لفظ ريح شراب والحاصل أن حده عنده وجود الريح مع عدم البينة والإقرار لا يستلزم اشتراط الرائحة مع أحدهما ثم هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وقول الشافعي ورواية عن أحمد والأصح عن الشافعي وأكثر أهل العلم نفيه وما ذكرنا عن عمر يعارض ما ذكر عنه عزر من وجد منه الرائحة ويترجح لأنه أصح وإن قال ابن المنذر ثبت عن عمر أنه جلد من وجد منه ريح الخمر الحد تاما وقد استبعد بعض أهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى وهو أن الأصل في الحد وإذا جاء تائبا مقرا أن يرد ويدرأ ما استطيع فكيف يأمر ابن مسعود بالمزمزة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيحده فإن صح فتأويله أنه كان رجلا مولعا بالشراب مدمنا عليه فاستجاز ذلك فيه وأما قوله ولأن الرائحة من أقوى دلالة على القرب وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار القرب ثم أجاب عما يقال من أن الرائحة مشتبهة بقوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وإنما تشتبه على الجهال فليس بمفيد لأن كونها دليلا على القرب لا يستلزم انحصار القرب فيها ليلزم من انتفائها ثبوت البعد والتقادم لأن القرب يتحقق بصور كثيرة لا بصورة واحدة هي عند قيام الرائحة لأن ذلك عين المتنازع فيه وهو المانع فقوله بعده وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره إن أراد أن اعتبار القرب بالرائحة وهو محل النزاع فقول محمد هو الصحيح **قوله** وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا لا يبطل الإقرار بالتقادم اتفاقا على ما مر تقريره من أن البطلان للتهمة والإنسان لا يتهم على نفسه وعندهما لا يقام الحد على المقر بالشرب إلا إذا أقر عند قيام الرائحة لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة رض ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود رض

فان اخذه الشهود وريحها يوجد منه وهو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر به الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد فى قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة فى حد الزنا والشاهد لا يتهم فى مثله ومن سكر من النبيذ حد

وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا بمعنى انه لم يقل بالحد الا اذا كان مع الرائحة فيبقى انتفاؤه فى غيرها بالاصل لا مضافا الى لفظ الشرب واما اضافة ثبوته على الاجماع بعد قوله والاصل فيه قوله عم الخ فقيل لانه من الآحاد ومثله لا يثبت الحد والاجماع قطعى ولا يخفى ان هذا مذهب الكرخى فاما قول الجصاص وهو قول ابى يوسف فيثبت الحد بالآحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة وهو المرجح فان كان المصنف يرى انه لا يثبت به اشكل عليه جعله اياه اول الاصل فان لم يره اشكل نسبته الاثبات الى الاجماع وانت علمت انه انما الزم قيامها عند الحد بلا اقرار ولا بينة كما هو ظاهر ما قدمناه فان ادعى ان ذلك كان مع اقراره فليبين فى الرواية وفى نوادر ابن سماعة عن محمد قال هو اعظم عندى من القول ان يبطل الحد بالاقرار واذا اقيم عليه الحد وان جاء بعد اربعين عاما

قوله فان اخذه الشهود وريحها توجد منه او سكران من غيرها وريح ذلك الشراب توجد منه فذهبوا به الى مصر فيها الامام او مكان بعيد فانقطع ذلك اى الريح قبل ان ينتهوا به اليه حد فى قولهم جميعا لان التاخير الى انقطاعها للعذر بعد المسافة فلا يتهم فى هذا التاخير والاصل ان قوما شهدوا واخذ عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمله الى المدينة فاقام عليه الحد **قوله** ومن سكر من النبيذ حد فالحد انما يتعلق فى غير الخمر من الانبذة بالسكر وفى الخمر بشرب قطرة واحدة وعند الائمة الثلاثة كلما اسكر كثيره حرم قليله وحد به لقوله عم كل مسكر خمر رواه مسلم فهذان مطلوبان ويستدلون تارة بالقياس وتارة بالسماع اما السماع فتارة بالاستدلال على ان اسم الخمر لغة لكل ما خامر العقل وتارة بغير ذلك فمن الاول ما فى الصحيحين من حديث ابن عمر رض نزل تحريم الخمر وهى من خمسة العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير وما فى مسلم عنه عم كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وفى رواية احمد وابن حبان فى صحيحه وعبد الرزاق وكل خمر حرام واما ما يقال ان ابن معين طعن فى هذا الحديث فلم يوجد فى شىء من كتب الحديث وكيف له بذلك وقد روى الجماعة الا البخارى عن ابى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وفى الصحيحين من حديث انس كنت ساقى القوم يوم حرمت الخمر وما شرابهم الا الفضيخ البسر والتمر وفى صحيح البخارى قول عمر رض الخمر ما خامر العقل واذا ثبت عموم الاسم ثبت تحريم هذه الاشربة بنص القرآن ووجوب الحد بالحديث الموجب ثبوته فى الخمر لانه مسمى الخمر لكن هذا كلها محمولة على التشبيه بحذف اداته فكل مسكر خمر كزيد اسد اى فى حكمه وكذا الخمر من هاتين او من خمسة هو على الاول شاحين اتحد حكمها بها جاز تنزيلها منزلتها فى الاستعمال ومثله كثير فى الاستعمالات اللغوية والعرفية يقول السلطان هو فلان اذا كان فلان ياخذ الكلمة عند السلطان ويعمل بكلامه اى المحرم لم يقتصر على ماء العنب بل كلما كان مثله من كذا وكذا فهو لا يراد الا الحكم ثم لا يلزم فى التشبيه عموم وجه فى كل صفة فلا يلزم من هذه الاحاديث ثبوت الحد بالاشربة التى هى غير الخمر بل يصح الحمل المذكور فيها ثبوت حرمتها فى الجملة اما قليلها وكثيرها او كثيرها المسكر منها وكون التشبيه خلاف الاصل يجب المصير اليه عند الدليل عليه وهو ان الثابت فى اللغة من تفسير الخمر بالتى من ماء العنب اذا اشتد وهذا مما لا شك فيه من تتبع مواقع استعمالاتهم ولقد يطول الكلام بايراده ويدل على ان الحمل المذكور على الخمر بطريق التشبيه قول ابن عمر رض حرمت الخمر وما بالمدينة منها شىء اخرجه البخارى فى الصحيح ومعلوم انه انما اراد ماء العنب لثبوت انه كان بالمدينة غيرها لما ثبت من قول انس وما شرابهم يومئذ اى يوم حرمت الا الفضيخ البسر والتمر وعن

لما روي ان عمر رضي الله عنه اقام الحد على اعرابي سكر من نبيذ وبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى

انما الحاق هو وغيره فيه الحمل لغيرها عليها بهو هو كان على وجه التشبيه واما الاستدلال بغير عموم الاسم لغة فمن ذلك ما روى ابو داود والترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها عنه عليه السلام كل مسكر حرام وما اسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام وفي لفظ الترمذي فالحسوة منه حرام قال الترمذي حديث حسن ورواه ابن حبان في صحيحه واجود حديث في هذا الباب حديث سعد بن ابي وقاص انه عليه السلام نهى عن قليل ما اسكر كثيره اخرجه النسائي وابن حبان قال الترمذي لانه من حديث محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي وهو احد الثقات عن الوليد بن كثير وقد احتج به الشيخان عن الضحاك بن عثمان وقد احتج به مسلم عن بكير بن عبد الله بن الاشج عن عامر بن سعد بن ابي وقاص وقد احتج به الشيخان وحينئذ فجوابهم بعدم ثبوت هذه غير صحيح وكذا حمله على ما به حصل السكر وهو القدح الاخير لان صريح هذه الروايات القليل وما استدل به ابن مسعود كل مسكر حرام قال هي الشربة التي اسكرتك اخرجه الدارقطني ضعيف فيه الحجاج بن ارطاة وعمار بن مطر قال وانما هو من قول ابراهيم يعني النخعي واسند الى ابن المبارك انه ذكر له حديث ابن مسعود رفعه هذا فقال حديث باطل على انه لو حسن عارضه ما تقدم من المرفوعات الصريحة الصحيحة في تحريم قليل ما اسكر كثيره ولو عارضه كان المحرم مقدما وما روي عن ابن عباس رضي الله عنه من قوله حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب لم يسلم فهم هو طريق جيد يعني عن ابن عون عن ابن شداد عن ابن عباس رضي الله عنه حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب وفي لفظ وما اسكر من كل شراب قال وهذه اولى بالصواب من حديث ابن شبرمة فهذا انما فيه تحريم الشراب المسكر واذا كانت طريقه اقوى وجب ان يكون هو المعتبر ولفظ السكر تصحيف ثم لم يثبت ترجح المنع السابق عليه بل هذا الترجيح في حق ثبوت الحرمة ولا يستلزم ثبوت الحرمة ثبوت الحد بالقليل الا بسمع او بقياس فهم يقيسونه بجامع كونه مسكرا واصحابنا فيه منع خصوصا وعموما اما خصوصا فمنعوا ان حرمة الخمر معللة بالاسكار وذكروا عنه عليه السلام حرمت الخمر بعينها والمسكر الخ وفيه ما علمت ثم قوله بعينها ليس معناه ان علة الحرمة عينها بل ان عينها حرمت ولذا قال في الحديث قليلها وكثيرها والرواية المعروفة فيه بالباء لا باللام ولو كان المراد ما ذكرنا وهذا هو مراد المصنف بما ذكره في الاشربة من نفي تعليلها بالاسكار لان لم يذكر الا النفي ان حرمتها مقيدة باسكارها اي لو كانت العلة الاسكار لم يثبت تحريم حتى يثبت العلة وهي الاسكار او مظنته من الكثير لان حرمتها ليست معللة اصلا بل هي معللة بانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره وان كان القدوري مصرا على منع التعليل اصلا ونقض رحمه الله هذه العلة بان الطعام الذي يضر كثيره لا يحرم قليله وان كان يدعو الى كثيره لكن المصنف ذكر في كتاب الاشربة ما يفيد ما ذكرنا فانه قال في جواب الحاق الشافعي حرمة المثلث العنبي بالخمر وانما يحرم قليله لانه يدعو الى كثيره لرقته ولطافته والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء ولا يخفى بعد هذا ان اعتبار دعاية القليل الى الكثير في الحرمة ليس الا لحرمة السكر ففي التحقيق الاسكار هو المحرم بابلغ الوجوه لانه الموقع للعداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة واتيان المفاسد من القتل وغيره كما اشار النص الى عليتها ولكن على تقدير ثبوت الحرمة بالقياس لا يثبت الحد لان الحد لا يثبت بالقياس عندهم وهو ما ذكرنا من المنع على العموم فاذا فلم يثبت الحد بمجرد الشرب من غير الخمر ولكن يثبت بالسكر منه باحاديث منها ما قدمناه من حديث ابي هريرة فاذا اسكر فاجلدوه

ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد

الحديث فلو ثبت به حمل ما لم يسكر لكان بمفهوم الشرط وهو منتف عندهم فوجب ليس الا ثبوت الحد بالسكر ثم يجب ان يحمل على السكر من غير الخمر لان حمله على الاعم من الخمر يفني فائدة التقييد بالسكران في الخمر يحد بالقليل منها بل يوهم عدم التقييد بغيرها انه لا يحد منها حتى يسكر واذا وجب حمله على غيرها صار الحد منتفيا عند عدم السكر بالاصل حتى يثبت ما يخرجه عنه ومنها ما روى الدارقطني في سننه ان اعرابيا شرب من اداوة عمر نبيذا فسكر به فضربه الحد فقال الاعرابي انما شربته من اداوتك فقال عمر رضي الله عنه انا جلدناك بالسكر وهو ضعيف لسعيد بن ذي لعوة ضعيف وفيه جهالة وروى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن حسان بن مخارق قال بلغني ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه ساير رجلا في سفر وكان صائما فلما افطر اهوى الى قربة لعمر رضي الله عنه معلقة فيها نبيذ فشربه فسكر فضربه عمر الحد فقال انما شربته من قربتك فقال له عمر رضي الله عنه انما جلدناك لسكرك وفيه بلاغ وهو عندهم انقطاع واخرج الدارقطني عن عمران بن داور عن خالد بن دينار عن ابي اسحاق عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتي برجل فذكر سكر من نبيذ تمر فجلده وعمران بن داور بفتح الواو فيه مقال وروى الدارقطني في سننه عن وكيع عن شريك عن فراس عن الشعبي ان رجلا شرب من اداوة علي رضي الله عنه بصفين فسكر فضربه الحد ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا عبد الرحيم بن سليمان عن مجالد عن الشعبي عن علي بنحوه وقال فضربه ثمانين وروى ابن ابي شيبة ثنا عبد الله بن نمير عن حجاج عن ابن عون عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس قال في السكر من النبيذ ثمانون فهذه وان ضعف بعضها فتعدد الطرق ترقيه الى الحسن مع ان الاجماع على الحد بالكثير فان الخلاف انما هو في الحد بالقليل غير ان هذه الادلة كما ترى لا تفصل بين نبيذ ونبيذ والمص قيد وجوب الحد بقوله ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد فقد ذكرنا انه يتخذ من الحبوب كلها والعسل يحل شربه عند ابي حنيفة يعني اذا شرب منها من غير لهو ولا طرب فلا يحد بالسكر منها عنده ولا يقع طلاقه اذا طلق سكران منها كالنائم الا ان المص في كتاب الاشربة قال وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد وانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليها اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا انتهى وهو قول محمد فقد صرح بان اطلاق قوله هنا لان السكر من المباح لا يوجب حدا غير المختار ورواية عبد العزيز عن ابي حنيفة وسفيان انهما سئلا فيمن شرب البنج فارتقع الى راسه وطلق امرأته هل يقع قالا ان كان يعلمه حين شربه ما هو يقع **قوله** ولا حد على من وجد منه ريح الخمر او تقياها لان الرائحة محتملة فلا يثبت مع الاحتمال ما يندرئ بالشبهات وكذا الشرب قد يكون عن اكراه فوجود عينها في القيء لا يدل على الطواعية فلو وجب الحد وجب بلا موجب واورد عليه انه قال عن قريب والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل فيقطع الاحتمال وهنا عكس قال وتكلف بعضهم في توجيهه يريد به صاحب النهاية بان الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء قال ولقائل ان يقول اذا كان التمييز يحصل بالاستدلال فاذا استدل على الوجه المذكور في هذه الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة فينبغي ان يحد ولم يقل احد ونقل ايضا عنه ان التمييز لا يعاينه ونظر فيه بان من عاين الشرب يبني على اليقين لا على الاستدلال وتحقيق صاحب الهداية

ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم

اثبت التمييز في صورة الاستدلال لا في صورة العيان انتهى فبقي الاشكال بحاله ولا يخفى ان المراد معاينة الشرب والاستدلال لا ينافيه لان المشروب جاز كونه غير الخمر فيستدل على انه خمر بالرائحة فكون المص جعل التمييز ليفيد الاستدلال لا ينافي حالة العيان ثم لا شك ان كون الشيء محتملا لا ينافي ان يستدل عليه بقرائن بحيث يحكم به مع شبهة فلا ملازمة بين الاحتمال وعدم الاستدلال عليه بل جاز ان يثبت الاستدلال مع ثبوت ضرب من الاحتمال فلا يصح قوله انه قطع الاحتمال حيث ذكر انه يمكن التمييز بالاستدلال ولا شك ان المنظور اليه والمقصود في الموضعين ثبوت طريق الدرء اما الموضع الثاني وهو عدم الحد بوجود الرائحة والتقي فظاهر وطريقه انه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه لان الرائحة محتملة وان استدل عليها فان فيها مع الدليل شبهة قوية فلا يثبت الحد معها واما في الموضع الاول فلا شك ان في اثبات اشتراط عدم التقادم لقبول البينة والاقرار درءا كثيرا واسعا ولا يمكن اثبات هذا الطريق الكائن للدرء الا باعتبار امكان تمييز رائحة الخمر من غيرها فحكم باعتبار التمييز بالاجتهاد وفي الاستدلال فان كان ملزوما لشبهة النفي ليتمكن من تحصيل هذا الطريق الواسع للدرء لانه لو لم يعتبر التمييز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والاقرار معمولا بهما في ازمنة كثيرة متاخرة بلا رائحة فيقام بذلك ما لا يحصى من الحدود وحين اشترط ذلك وصحت طريقه مع الشبهة والاحتمال فظهر ان كلا صحيح في موضعه فدرء الحد في مجرد الرائحة والتقي الاحتمال ورد الشهادة بلا رائحة اذا لم يكن التمييز الا مع الاحتمال **قوله** ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وهذا باجماع الائمة الاربعة لان غيبوبة العقل او غلبة الطرب والنشوة تخفف الالم حتى حكى لي ان بعض المتصابين استدعوا انسانا ليضحكوا عليه اخلاط ثقيلة لزوجة بركبتيه لا يقلها الا بكلفة ومشقة فلما غلب على عقله ادعى القوة والاقدام فقال له بعض الحاضرين مما رغبا ليس بصحيح والا فضع هذه الجمرة على ركبتيك فاقدم ووضعها حتى اكلت ما هناك من لحمه وهو لا يلتفت حتى طفئت او ازالها بعض الحاضرين الى ان بني فلما افاق وجد ما به من جراحة النار البالغة ورست ركبته فمكث بها مدة الى ان بريت فعادت بذلك الكي البالغ في غاية الصحة والنظافة من الاخلاط وصار يقول يا ليتها كانت في الركبتين ثم لم يستطع اصلا في حال صحوه ان يفعل مثل ذلك بالاخرى ليستريح من الما ومنظرها واذا كان كذلك فلا يفيد الحد فائدته الا حال الصحو وتاخير الحد لعذر جائز **قوله** وحد الخمر والسكر اي من غيرها ثمانون سوطا وهو قول مالك واحمد في رواية عن احمد وهو قول الشافعي اربعون الا ان الامام لو راى ان يجلده ثمانين جاز على الاصح واستدل المص على تعيين الثمانين باجماع الصحابة روى البخاري من حديث السائب بن يزيد قال كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا ونعالنا وارديتنا حتى كان اخر امرة عمر فجلد اربعين حتى عتوا وفسقوا جلد ثمانين واخرج مسلم عن انس بن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بالجريد والنعال ثم جلد ابو بكر اربعين فلما كان عمر ودنى الناس من الريف والقرى قال ما ترون في جلد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف ارى ان تجعله كاخف الحدود فجلده عمر ثمانين وفي الموطأ ان عمر استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي بن ابي طالب نرى ان تجلده ثمانين فانه

تفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد رحمه الله لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به
نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا وان كان عبدا فحده اربعون لان الرق منصف على ما عرف

اذا شرب سكر واذا سكر هذا واذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون وعن مالك رواه الشافعي ولا مانع من كون كل من علي رضي الله عنه وعبد الرحمن
بن عوف اشار بذلك فروى الحديث مرة مقتصرا على هذا ومرة على هذا واخرج الحاكم في المستدرك عن ابن عباس ان الشرب كانوا
يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالايدي والنعال والعصا حتى توفي فكان ابو بكر يجلدهم اربعين حتى توفي الى ان
قال عمر ماذا ترون فقال علي رضي الله عنه اذا شرب الخ وروى مسلم عن انس قال اتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر
فضربه بجريدتين نحو الاربعين وفعله ابو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف اخف الحدود ثمانون
فامر به عمر فيمكن بجريدتين متعاقبتين بان انكسرت واحدة واخذت اخرى ولا فهي ثمانون ويكون مما راى عمر في ذلك الرجل
وقول الراوي بعد ذلك فلما كان عمر استشار الخ لا ينافي ذلك فان حاصله انه استشار فوقع اختيارهم على تقدير الثمانين التي انتهى
اليها فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان قوله وفعله ابو بكر يبعده والالزم ان ابا بكر جلد ثمانين وما تقدم مما يفيد ان عمر هو الذي
جلد الثمانين بخلاف ابي بكر والله اعلم وقد اخرج البخاري ومسلم عن علي رضي الله عنه قال ما كنت اقيم على احد حدا فيموت فيه فاجد منه في نفسي
الا صاحب الخمر لانه ان مات وديته لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه والمراد لم يسن فيه عددا معينا والا فمعلوم قطعا انه امر
بضربه فهذه الاحاديث تفيد انه لم يكن مقدرا في زمنه عليه السلام بعدد معين ثم قدره ابو بكر وعمر باربعين ثم اتفقوا على ثمانين وانما جاز لهم ان يجمعوا
على تعيينه والحكم المعلوم منه عليه السلام عدم تعيينهم لعلمهم بانه عليه السلام انتهى الى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه ثم راوا اهل الزمان
تغيروا الى نحوه او اكثر على ما تقدم من قول السائب حتى عتوا وفسقوا وعلموا ان الزمان كلما تاخر كان فساد اهله اكثر فكان ما اجمعوا عليه
هو ما كان حكمه عليه السلام في امثالهم واما ما روي من جلد علي اربعين بعد عمر فلم يصح وذلك ما في السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر
الرقاشي قال شهدت عثمان بن عفان رضي الله عنه اتي بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد انه راه شربها وشهد الآخر انه
راه يتقيأها فقال عثمان انه لم يتقيأها حتى شربها فقال لعلي اقم عليه الحد فقال علي للحسين اقم عليه الحد فقال ول حارها من تولى
قارها فقال علي لعبد الله بن جعفر اقم عليه الحد فاخذ السوط فجلده وعلي يعد الى ان بلغ اربعين قال حسبك جلد النبي صلى الله عليه وسلم
اربعين وجلد ابو بكر اربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا احب الي **قوله** ويفرق الضرب على بدنه كما في حد الزنا ونقل من قول
ابن مسعود رضي الله عنه للضارب اعط كل ذي عضو حقه يعني ما خلا الوجه والراس والفرج وعند ابي يوسف يضرب الراس ايضا وتقدم
قوله ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص وجه المشهور انا اظهرنا اي الشرع اظهر
التخفيف مرة بنقصان العدد ولا يعتبر ثانيا بعدم التجريد والا قارب المقصود من الانزجار للفوات وتقدم له مثله في الطهارة حيث
قال في جواب تخفيفها الروث والخثي للضرورة قلنا الضرورة قد اثرت في النعال مرة فتكفي مؤنتها فلا تخفف مرة اخرى ولد ضده في الصلوة
حيث قال في تخفيف القراءة للمسافر ولان السفر قد اثر في اسقاط شطر الصلوة فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى وتقدم هناك الجمع بينه
وبين ما في الطهارة ان لا ملازمة بين نفي التخفيف ثانيا ووجوده اولا من حيث هو وجوده والمعول عليه في كل موضع الدليل
قوله وان كان عبدا فحده اربعون على ما عرف من ان الرق مؤثر في تنصيف النعمة والعقوبة فاذا قلنا ان حد الحر ثمانون قلنا

ومن اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة وقال العبد الضعيف هذا عند ابي حنيفة رح وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشائخ رح وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءا للحد ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره

ابن عبد العبد اربعون ومن قال حده اربعون قال حد العبد عشرون **قوله** ومن اقر بشرب الخمر والسكر بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ولا مكذب له في الرجوع عنه فيقبل ولا يصح ضم سببه لان اقراره بالسكر من غير الخمر الا في حال سكره ولا يعتبر اقرار السكران كما سياتي او بعده ولا يعتبر للتقادم فلا يوجد ما يصح الرجوع عنه **قوله** ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت باقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف انه يشترط الاقرار مرتين وقوله سنبينها هناك اي سنبين هذه المسألة في الشهادات ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال ولا نعلم في ذلك خلافا لان فيها شبهة اي في شهادة النساء شبهة البدلية لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فاعتبرها عند عدم الرجلين ولم يرد به حقيقته بالاجماع لانها لو تشهد تامع رجل مع امكان رجلين صح اجماعا وفيه تهمة الضلال لقوله تعالى ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى وفي الكشاف ان تضل اي لا تهتدي الشهادة وفي التيسير الضلال هنا النسيان وقوله فتذكر احداهما الاخرى اي تزيل نسيانها **قوله** والسكران الذي يحد لسكره من غير الخمر عند ابي حنيفة هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة زاد في الفوائد الظهيرية ولا الارض ولا السماء وقالا هو الذي يهذي ويخلط وبه قال الائمة الثلاثة ولما لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير ذكره المص والمراد ان يكون غالب كلامه هذيانا فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصحاة في اقراره بالحدود وغير ذلك لان السكران في العرف من اختلط كلامه جده بهزله فلا يستقر على شيء واليه مال اكثر المشائخ واختار للفتوى لان المتعارف اذا كان يهذي سمي سكرانا وتايد بقول علي اذا سكر هذى ولابي حنيفة رح انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءا بدليل الالزام في شهادة الزنا ان يقول كالميل في المكحلة وفي السرقة بالاخذ من الحرز التام لان فيما دون ذلك شبهة الصحو فيندرئ الحد واما في ثبوت الحرمة فما قالا فالاحتياط في امر الحد و في الحرمة وانما اختار للفتوى قولهما لضعف وجه قوله وذلك انه حيث قال يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها فقد سلم ان السكر يتحقق قبل الحالة التي عينها وانه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هي سكر والحد انما انيط في الدليل الذي اثبت حد السكر بما يسمى سكرا لا بالمرتبة الاخيرة منه على ان الحالة التي ذكر قلما يصل اليها سكران فيؤدي الى عدم الحد بالسكر وقوله من دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو ممنوع بل اذا حكم العرف او اللغة بانه سكران بمقدار من اختلاف الحال حكم بانه سكران بلا شبهة صحو وما معه من ذلك القدر من التمييز لم يجعل شبهة في انه سكران واذا كان سكران بلا شبهة حد فالمعتبر ثبوت الشبهة في سكره في نفي الحد لا ثبوت شبهة صحو وروى بشر عن ابي يوسف اعتبار السكر بقراءة سورة قل يا ايها الكافرون ولا شك ان المراد ممن يحفظ القرآن او كان حفظها فيما حفظه لا من لم يدرسها اصلا قال بشر انه قال لابي يوسف كيف اخترتها من بين السور وكثيرا ما يخطي فيها العاقل الصاحي قال لان الله بين ان الذي يعجز عن قراءتها سكران يعني به ما في الترمذي عن علي بن ابي طالب رض صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاما فدعانا وسقانا من الخمر فاخذت الخمر منا وحضرت الصلوة فقدموني فقرأت قل يا ايها الكافرون لا اعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون فانزل الله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا ينبغي ان يعول على هذا ولا يعتبر به فانه طريق سماع تبديل كلام الله عز وجل فانه ليس كل سكران اذا قيل له اقرأ قل

ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف فان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته

يا ايها الكافرون فيقول لا احسنها الآن بل يندفع قاريا فيه اما الى الكفر ولا ينبغي ان يلزم حد بطريق ذكرناه هو كفر وان لم يؤاخذ به نعم لو تعين طريقا لاقامة حكم الله تعالى لكن ليس كذلك فان معرفة السكران لا تتوقف عليه بل لها طريق معلوم سوى ما ذكرنا وقوله تعالى لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى لمن لم يحسنها لا يوجب قصر العرف عليه وعرف مما ذكرناه من استدلال لابي حنيفة رضه بهذه الآية على ان السكر هو ان لا يعقل منطقا الخ غريق في الخطأ لانها في علي واصحابه ولم يصل سكرهم الى ذلك الحد كما علمت من انهم ادركوا الوجوب وقاموا للاسقاط وجعلهم سكارى نهي تفيد من قوله واما قوله تعالى حتى تعلموا الآية فانما اطلق لهم الصلوة حتى يصحوا كل الصحو بان يعلموا جميع ما يقولون حسنة ان يبدلوا البعض ما يقولون وليس منه اى من مراتب السكر كذلوكذا بل ان من وصل الى ذلك الحد الذي كانوا فيه يسمى سكرانا وكون المقدار الذي هو سبب الحد ما هو لا تعرض له بوجه وقول المصنف والشافعي يعتبر ظهور اثره في مشيه وحركاته واطرافه يفيد ان المراد من الاجماع في قوله والمعتبر في القدح المسكر ما قالاه بالاجماع الاجماع المذهبي والا لم يكن للشافعي قول آخر يخالف قولهما واعترضه شارح بانه قلده فخر الاسلام وفيه نظر فان الشافعي يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر جنسه وان قل ولا يعتبر السكر اصلا ولا يخفى انه ليس بلازم من نقل قول الشافعي في تحديد السكر مطلقا ما هو اعتقاد الناقل ان الشافعي يحد بالسكر بل الحاصل انه لما قال يحد بالسكر عندنا حد السكر مطلقا عنهما وعن الشافعي منفصلا عن الالزام اى هو باعتبار اقتضائه الحد هو اقتضاه باعتبار مجرد الحرمة هو ما ذكرت وجاز ان يكون لبعض من فسر السكر بسكر لا يحد وانما فسره باعتبار آخر كان حلف بطلاق او عتاق ليشربن حتى يسكر فيحده ليعلم متى يقع الطلاق والعتاق وغير ذلك ثم ابطله بانه لا يتفاوت اى لا ينضبط فكم من صاح تمايل ويزلق في مشيه وسكران ثابت ما لا ينضبط به ولان الذي وقع في كلام علي بحضرة الصحابة الاعتبار بالاقوال لا بالمشي حيث قال اذا سكر هذى الخ **قوله** ولا يحد السكران باقراره على نفسه اى بالحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة الا انه يضمن المسروق وقيد بالاقرار لانه لو شهد عليه بالزنا في حال سكره وبالسرقة يحد بعد الصحو ويقطع وانما لا يعتبر اقراره في حقوق الله تعالى لانه يصح رجوعه عنه ومن المعلوم ان السكران لا يثبت على شيء وذلك الاقرار من الاشياء والاقوال التي يقولها فهو محكوم بانه لا يثبت عليه ويلزم الحكم بعد ساعة بانه رجع عنه هذا مع زيادة شبهة انه يكذب على نفسه مجونا وتهتكا كما هو مقتضى السكر المتصف هو به فيندرئ عنه بخلاف ما لا يقبل الرجوع فانه مؤاخذ به لان غاية الامر ان يجعل راجعا عنه لكن رجوعه عنه لا يقبل هذا والذي ينبغي ان يعتبر في السكر الذي لا يصح معه الاقرار بالحدود على قول ابي حنيفة قولهما فيتفقون فيه كما اتفقوا عليه في التحريم لانه ادرا للحدود ومنه لو اعتبر كقوله فيه في ايجاب الحد وهذا بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران كالصاحي فيما فيه حقوق العباد عقوبة عليه لانه ادخل الآفة على نفسه فاذا اقر بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر وينبغي ان يكون معناه انه اقر بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر من الانبذة المحرمة او مطلقا على الخلاف في الحد بالسكر من الاشربة المباحة والا فبمجرد سكره لا يحد لاقراره بالسكر

اي هذا السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وفي ظاهر الرواية تكون ردة

باب حد القذف

وكذا يواخذ بالاقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعتاق وغيرها لانها لا تقبل الرجوع **قوله** ولو ارتد السكران لا تبين امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد والاستخفاف وباعتبار الاستخفاف حكم بكفر الهازل مع عدم اعتقاده لما يقول ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لانهما فرع قيام الادراك وهذا يقتضي ان السكران الذي لا تبين امرأته هو الذي لا يعقل منطقا كقول ابي حنيفة في حده والظاهر انه كقولهما وكذا لم ينقل خلاف في انه لا يحكم بكفر السكران بتكلمه مع انهما لم يفسرا السكران بغير ما تقدم عنهما فوجب ان ابا حنيفة انما اعتبر عدم الادراك في السكران احتياطا للدرء في الحد ولا شك انه يجب ان يحتاط في عدم تكفير المسلم حتى قالوا اذا كان في المسئلة وجوه كثيرة توجب التكفير ووجه واحد يمنعه فعلى المفتي ان يميل اليه ويبني عليه فلو اعتبر في اعتبار عدم ردته بالتكلم بما هو كفر اقصى السكر كان احتياطا لتكفيره لانه يكفر في جميع ما قبل تلك الحالة هذا في حق الحكم اما فيما بينه وبين الله تع فان كان في الواقع قصد ان يتكلم به ذاكرا لمعناه كفر والا فلا فان قيل هذا الاعتبار مخالف للشرع فان الشارع اعتبر دركه قائما حتى خاطبه في حال سكره وذلك لان قوله تع لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى يتضمن خطاب السكارى لانه في حال سكره مخاطب بان لا يقربها بذلك والايات له قربانها وان لم يعلم ما يقول لعدم الخطاب عليه فلا يفيد هذا الخطاب فائدته اصلا فهو خطاب الصاحي ان لا تقربها اذا سكر فالامتثال مطلوب منه حال السكر سواء كان يعقل درك شيء ما اولا كالنائم وهو معنى كونه مخاطبا حال السكر ولا شك ان تحقق الخطاب ولا درك ليس الا عقوبة اذ تلزمه الاحكام ولا علم له بما يصدر منه فاعتبار دركه زائلا في حق الردة لا كفر حينئذ لعدم الاعتقاد والاستخفاف اعتبار مخالف لاعتبار الشرع في حقه قلنا ثبت من الشرع ما يقتضي انه بعد ما عاقبه بلزوم الاحكام مع عدم فهم الخطاب خفف عنه في اصل الدين رحمة عليه في ذلك خاصة وذلك حديث عبد الرحمن بن عوف بالمتقدم فانه لم يحكم بكفر القارى مع اسقاط لفظة لا من قل يا ايها الكافرون لا شك ان في ذلك السكر الذي كان بهم لم يكن بحيث درك اصلا الا يرى الا انهم ادركوا وجوب الصلوة وقاموا الى الاداء فعلمنا ان الشارع رحمه الله في اصل الدين وعاقبه في فروعه ولهذا صحح اسلامهم ولولا هذا الحديث لقلنا بردته فان لم يكن له درك لم تصح من الكافر السكران اسلامه مما ذكرنا يعرف صحة التفصيل الذي ذكرناه وهو ان هذا السكران الذي وقع منه كلمة ردة ولم يصل الى اقصى السكران كان من غير قصد اليها كما قرأ علي قل يا ايها الكافرون فغير فليس بكافر عند الله ولا في الحكم وان كان مدركا لها قاصدا مستحضرا معناها فانه كافر عند الله تع بطريق تكفير الهازل وان لم يحكم بكفره في القضاء لان القاضي لا يدري من حاله الا انه سكران تكلم بما هو كفر فلا يحكم بكفره والله اعلم

باب حد القذف تقدم وجه المناسبة بينه وبين ما قبله وما بعده والقذف لغة الرمي بالشيء وفي الشرع رمي بالزنا وهو من الكبائر باجماع الامة قال الله تع ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المومنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم وقال عم اجتنبوا السبع الموبقات قيل وما هي يا رسول الله قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله الا بالحق واكل الربو واكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المومنات الغافلات متفق عليه وعنه عم من اقام الصلوات الخمس واجتنب السبع الكبائر نودي يوم القيمة ليدخل من اي ابواب الجنة شاء وذكر منها قذف المحصنات وتعلق الحد به بالاجماع مستندين الى قوله تع والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا والمراد الرمي بالزنا حتى لو رماه بسائر المعاصي غيره لا يجب الحد

وإذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا إن كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات إلى أن قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرمي بالزنا بالإجماع وفي النص إشارة إليه وهو اشتراط أربعة من الشهداء إذ هو يختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لأن فيه حقه من حيث دفع العار وإحصان المقذوف لما تلونا **قال** ويفرق على أعضائه لما مر في حد الزنا

بل التعزير وفي النص إشارة إليه أي إلى أن المراد الرمي بالزنا وهو اشتراط أربعة من الشهود يشهدون عليها بما رماها به ليظهر به صدقه فيما رماه به ولا شيء يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة أربعة إلا الزنا ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص بالقطع بإلغاء الفارق وهو صفة الأنوثة واستقلال رفع عار ما نسب إليه بالتأثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت أهلية الاجتهاد

قوله إذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا بأن قال زنيت أو يا زاني وطالبه المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا إن كان القاذف حرا وإن كان عبدا حده أربعين سوطا وشرط الإحصان في المقذوف وهو أن يكون حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا وعن داود عدم اشتراط الحرية وأنه يحد قاذف العبد وعن أحمد لا يشترط البلوغ بل كون المقذوف بحيث يجامع وإن كان صبيا وهي خلاف المصحح عنه وعن سعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يحد بقذف الذمية إذا كان لها ولد مسلم والمعول عليه قول الجمهور وسيأتي الوجه عليه وقوله بصريح الزنا يحترز عن القذف بالكناية كقائل صدقت لمن قال يا زاني بخلاف ما لو قال هو كما قلت فإنه يحد ولو قال أشهد أنك زان فقال الآخر وأنا أشهد لا حد على الثاني لأن كلامه محتمل ولو قال وأنا أشهد بمثل ما شهدت به حد ويحد بقوله زنى فرجك وبقوله زنيت ثم قال بعدما قطع كلامه وأنت مكرهة بخلاف موصولا وكذا إذا قال للميت أمي زانية أو أبي فإنه لا يحد وبه قال الشافعي وأحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن بن صالح وقال مالك وهو رواية عن أحمد يحد بالتعريض لما روى الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر قال كان عمر يضرب الحد في التعريض وعن علي أنه جلد رجلا بالتعريض ولأنه إذا عرف المراد به لما له من القرينة صار كالصريح قلنا لم يعتبر الشارع مثله فإنا رأيناه حرم صريح خطبة المتوفى عنها في العدة وأباح التعريض فقال ولكن لا تواعدوهن سرا وقال ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء فإذا ثبت من الشرع نفي اتحاد حكمهما في غير الحد لم يجز أن يعتبر مثله على وجه يوجب الحد المحتاط في درئه وأما الاستدلال بأنه صلى الله عليه وسلم لم يلزم الحد للذي قال يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاما أسود يعرض بنفيه فغير لازم لأن التزام حد القذف متوقف على الدعوى والمرأة لم تدع وقد أورد أن الحد يثبت بنفي النسب وليس صريحا في القذف وردوه باعتبار المفهوم وهو حجة في الروايات فأجيب بأنه يثبت بالنسبة إلى الزنا بالاقتضاء والثابت مقتضى كالثابت بالعبارة والحق أن دلالة المقتضي في ذلك لما سنذكر بل حده بالأثر والإجماع فهو وارد لا يندفع ولا فرق في ثبوت القذف بعد أن يكون بصريح الزنا بين أن يكون بالعربي والنبطي والفارسي أو غير ذلك ولا يحد لو قال لها زنيت بحمار أو ببعير أو بثور لأن الزنا إدخال رجل ذكره إلخ بخلاف ما لو قال زنيت بناقة أو أتان أو ثوب أو دراهم حيث يحد لأن معناه زنيت وأخذت البدل إذ لا تصلح المذكورات للإدخال في فرجها ولو قال بهذا الرجل لا يحد لأنه ليس العرف في جانبها أخذ المال ولو قال زنيت وأنت صغيرة أو جامعك فلان جماعا حراما لا يحد لعدم الإثم ولعدم الصراحة إذ الجماع الحرام يكون بنكاح فاسد وكذا لا يحد في قوله يا حرام زاده لأنه ليس كل حرام زنا ولا بقوله أشهدني رجل أنك زان لأنه حاك كقذف غيره ولا بقوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس أو أزنى الزناة لأن أفعل في مثله يستعمل للترجيح في العلم فكأنه قال أنت أعلم به وسيأتي خلافه في فروع نذكرها وأما اشتراط مطالبة المقذوف فإجماع إذا كان حيا فإن كان ميتا فمطالبته من يقع القدح في نسبه من غير المقذوف بمفهوم الصفة وهو معتبر وأورد وينبغي أن لا تشترط المطالبة لأن الغالب فيه حق الله تعالى فالجواب أن

ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه ينطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اى الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه

حق العبد مطلقا يتوقف النظر فيه على الدعوى وان كان مخلوبا لنعم يرد على ظاهر العبارة قذف نحو الرتقاء والمجبوب فانه لا يحد غير مع صدق القذف للمحصنة بصريح الزنا وكذا الاخرس لاحتمال ان تصدقه لو نطق وفي الاولين كذبه ثابت بيقين وانتفى الحاق الشين الا بنفسه ولو قال لرجل يا زانية لا يحد استحسانا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد والشافعي رح يحد لانه قذفه على المبالغة فان التاء تزاد له كما في علامة ونسابة ولهما انه اراد بما يستحيل منه فلا تحمكما لو قذف مجبوبا وكذا لو قال انت محل للزنا لا يحد وكون التاء للمبالغة مجاز لما عهد لها من التانيث ولو كان حقيقة والحد لا يجب بالشك ولو قال لامراة يا زاني حد عندهم لان الترخيم شائع ويفرق على اعضائه لما مر في حد الزنا **قوله** ولا يجرد من ثيابه الا في قول مالك لانه سببه وهو النسبة الى الزنا كذبا غير مقطوع به لجواز كونه صادقا غير انه عاجز عن البيان بخلاف حد الزنا لان سببه معاين للشهود او للمقر به والمعلوم لهما هنا نفس القذف فايجابه الحد ليس بذاته بل باعتبار كونه كاذبا حقيقة وحكما لعدم اقامة البينة قال تع فاذلم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون فالحاصل انه لو منع من النسبة الى الزنا الا عند القدرة على الاتيان بالشهداء لان فائدة النسبة هناك تحصل الا عند العجز فانما هو تشنيع لمقته تعالى بل بسترهما فلا قاق بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو اى الثوب المحشو لانه يمنع من وصول الالم اليه ومقتضاه انه لو كان عليه ثوب فوق بطانة غير محشو لا ينزع وان كان فوق قميص ينزع لانه يصير مع القميص كالمحشو او قريبا منه ويمنع ايصال الالم الذي يصلح زاجرا **قوله** والاحصان ان يكون المقذوف حرا الخ قدمنا ذلك والكلام هنا في اثبات ذلك ويثبت الاحصان باقرار القاذف او شهادة رجلين او رجل وامراتين خلافا لزفر وتقدمت فان انكر القاذف الاحصان وعجز المقذوف عن البينة لا يحلف الم يعلم انها محصنة وكذا اذا انكر الحرية ليحد حد الارقاء والقول قوله ولا يحد كالاحرار الا ان يقيم المقذوف عليه بينة انه حر ولو كان القاضي يعلم حريته حده ثمانين وهذا قضاء لعلمه فيما ليس سببا للحد فيجوز اما اشتراط الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال تع فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اى الحرائر فالرقيق ليس محصنا بهذا المعنى وكونه محصنا بمعنى آخر كالاسلام وغيره لا يوجب كونه محصنا من وجه دون وجه وذلك شبهة في احصانه توجب درء الحد عن قاذفه فلا يحد حتى يكون محصنا بجميع المفهومات التي اطلق عليها لفظ الاحصان الا ما اجمع على عدم اعتباره في تحقق الاحصان وهو كونها زوجة او كون المقذوف زوجا فانه جاء بمعناه وهو قوله تع والمحصنات من النساء اى المتزوجات ولا يعتبر في احصان القذف بل في احصان الرجم ولا شك ان الاحصان اطلق بمعنى الحرية كما ذكرنا وبمعنى الاسلام في قوله تع فاذا احصن قال ابن مسعود اسلمن وهذا يكفي في اثبات اعتبار الاسلام في الاحصان والمص ذكر فيه ما تقدم من قوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن وتقدم الكلام عليه وبمعنى العفة عن فعل الزنا قال تع والذين يرمون المحصنات والمراد بهن العفائف واما العقل والبلوغ ففيه اجماع الا ما عن احمد ان الصبي الذي يجامع مثله محصن فيحد قاذفه والاصح عنه كقول الناس وقول مالك في الصبية التي يجامع مثلها يحد قاذفها خصوصا اذا كانت مراهقة فان الحد لاجل لحاق العار بمثلها يلحقه والعامة يمنعون كون الصبي والمجنون يلحقهما عار بنسبتهما الى الزنا بل ربما يضحك من القائل لصبي او مجنون يا زاني اما لعدم صحة قصده واما لعدم خطابهما بالحرمات ولو فرض لحوق عار المراهق فليس الحاقا على الكمال فيندرئ وهذا اولى من تعليل المص

ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه
لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو
قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة سبا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اباه في اسباب المروة

عدم تحقق فعل الزنا منهما لانه يدل بان المراد بالزنا المؤثم والا فهو يتحقق منهما او يتحقق فيهما الوطء في غير الملك لكن القذف انما يوجب
الحد اذا كان يزني مؤثم صاحبه وبه يندفع الايراد القائل اذ لم يتحقق الزنا منهما فينبغي ان يحد قاذف مجنون زنى في حالة جنونه لكنه لا يحد
ان كان قذفه حين افاقته لما اشتراط العفة فلان غير العفيف لا يلحقه العار بنسبته الى الزنا لان تحصيل الحاصل محال ولو لحقه عار
فهو صادق وحد القذف للفرية لا للصدق وفي شرح الطحاوي في العفة قال لم يكن وطئ امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد في عمره
ان كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذا لو وطئ في غير الملك او وطئ جارية مشتركة
بينه وبين غيره سقطت عدالته ولو وطئها في الملك الا انه يحرم فانه ينظر ان كانت الحرمة موقتة لا يسقط عدالته كما اذا وطئ امرأة
في الحيض او امته المجوسية ولا يسقط احصانه وان كانت مؤبدة سقط احصانه كما اذا وطئ امته وهي اخته من الرضاع ولو مس
امرأة بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بنتها فدخل بها او امها لا يسقط احصانه عند ابي حنيفة وعندهما يسقط ولو وطئ امرأة
بنكاح ثم تزوج بنتها ودخل بها سقط احصانه انتهى لفظه وانما لم يسقط احصانه عند ابي حنيفة في بنت الممسوسة بشهوة لان
كثيرا من الفقهاء يصححون نكاحها **قوله** ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة وكذا
اقتصر عليه الحاكم في الكافي وعلله في الهداية بانه في الحقيقة قذف لامه وكان قال امك زانية لانه اذا كان لغير ابيه ولا نكاح لذلك الغير
كان من زنا منه قيل فعلى هذا كان الاولى ان يقال اذا كانت محصنة حتى يشتمل جميع شرائط الاحصان واورد عليه انه يجوز ان لا يكون ثابت
النسب من ابيه ولا تكون امه زانية بان كانت موطوءة بشبهة او نكاح فاسد الجواب المراد انك لست لابيك الذي تدعى
من مائه بل مقطوع النسب منه وهذا يستلزم بان الام زنت مع صاحب الماء الذي ولد هو منه وهذا معنى قول المعلل لان النسب
انما ينفى عن الزاني لا عن غيره وحاصله ان نفي نسبه عن ابيه يستلزم كون ابيه زانيا لان النسب انما ينفى عن الزاني فلزم ان امه
زنت مع ابيه فجاءت به من الزنا ولا يخفى انه ليس بلازم لجواز كون ابيه زنى بامه مكرهة او نائمة فلا يثبت نسبه من ابيه لا يكون قاذفا
لامه فالوجه اثباته بالاجماع وهذا بناء على الحكم بعدم ارادة الاب الذي يدعى اليه وينسب بخصوصه ولا شك في هذا والا كانت
عين المسئلة التي تليها وهي التي يرد عليها السؤال المذكور وجوابه ما سيجيء وحمل بعضهم وجوب الحد في هذه على ما اذا كان قوله في
حال الغضب والسباب بدليل المسئلة التي تليها فاذن يختلف المراد بلفظة الاب على هذا التقدير فانه اذا كان في غير حالة الغضب فانما
يراد بالاب الاب المشهور فيكون النفي مجازا عن نفي المشابهة في محاسن الاخلاق **قوله** ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان
لابيه الذي يدعى اليه يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة اي حقيقة نفيه عن ابيه لانه حالة سب وشتم
وفي غيره يراد به المعاتبة على عدم تشبيهه به في محاسن اخلاقه ولا يخفى ان في حالة الغضب ليس نسبة امه الى الزنا امرا لازما
لاز نفيه عنه والقصد الى اثباته من غيره لشبهة او نكاح فاسد كاف لتقبلها فثبوت الحد به
بقرائن الاحوال وبهذا لا يثبت القذف لصريح الزنا وكذا ذكر في المبسوط ان في الاول الحد استحسانا باثر
ابن مسعود وهو ما ذكره الحاكم في الكافي من قول محمد بلغنا عن عبد الله بن مسعود انه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل

ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين وعندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر

عن ابيه ثم حملوا الاثر على النفي حالة الغضب وحكموا بانه حالة سدمه لم ينفه عن ابيه بدلالة الحال فليس هذا من التخصيص في شيء اذ ليس قذفا ولذا يكون تخصيصا لو كان قذفا اخرج من حكم القذف ولو قال لست بابن فلان ولا ابن فلانة لا يحد مطلقا لانه صدق في قوله لست ابن فلان في حالة الغضب مقتصرا عليه باعتبار انه نفي امه واذا نفي نسبه من امه فقد نفي ولادتها اياه ونفيه نفي زناها به فكيف يحد بهذا واما اذا قال يا ولد الزنا او ابن الزنا فلا يتاتى فيه تفصيل بل يحد البتة بخلاف ما لو قال يا ابن القحبة فانه يعزر ولو قال لامرأة يا حليلة فلان لا يحد ولا يعزر **قوله** ولو قال لست بابن فلان يريد بفلان جده لا يحد لانه صادق في كلامه ولذا لو قال انت ابن فلان يعني جده هو صادق لانه قد ينسب الى الجد مجازا متعارفا وفي بعض اصحابنا ابن امير حاج وامير حاج جده وكذا لو قال انت ابن عمه او خاله او زوج امه لا يحد لان كلا منها اطلق عليه اسم الاب كما سياتي واعلم ان قوله لست ابن فلان لابيه المعروف له معنى مجازي هو نفي المشابهة ومعنى حقيقي وهو نفي كونه من مائه مع زنا الام به او مع عدم زناها بل لشبهة فهي ثلاثة معان يمكن ارادة كل منها على الخصوص وقد حكموا بتحكيم الغضب وعدمه فمعه يراد نفي كونه مع مائه مع زنا الام به ومع عدمه يراد المجازي وقوله لست بابن فلان بجده له معنى مجازي هو نفي مشابهته بجده ومعنيان حقيقيان احدهما نفي كونه مخلوقا من مائه والآخر نفي كونه ابا اعلى له وهذا الصدق بصورتين لنفي كون ابيه خلق من مائه بل زنت جدته به وجاءت لشبهة وكل هذه المعاني يصح ارادة كل منها وقد حكم بتعيين الغضب احدها لا بعينه في الاول وهو كونه ليس من مائه مع زنا الام به اذ لا معنى لان يخبر وينفي السباب بان امه جاءت به لغير زنا بل بشبهة فيجب ان يحكم ايضا بتعيين الغضب في المعنى الثاني الذي هو نفي نسب ابيه عنه وقذف جدته به فانه لا معنى لاخباره في حالة الغضب بانك لم تخلق من ماء جدك وهو مع سماجته ابعد في الارادة من ان يراد نفي ابوته لانه لان هذا كقولنا السماء فوق الارض ولا مخلص الا ان يكون فيها اجماع على نفي الحد بلا تفصيل كما ان في تلك اجماعا على ثبوته بالتفصيل ولو قال لست ابن فلان لغير ابيه لا يحد مع انه ليس بقذف لانه صريح لجواز كونه ابنه شرعا بلا زنا على ما قلنا فانما هو استحسان بمعنى حديث ابن مسعود رضي وهذه الصور ستاتي في الكتاب لكنها هنا النسب **قوله** ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة كان للولد المطالبة بحده فاذا طالب به حد القاذف ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد وان علا والولد وان سفل لان العار يلتحق بهما للجزئية فيكون القذف متناولا معنى فلذلك يثبت لهما حق المطالبة لكن لحوقه لهما بواسطة لحوقه للمقذوف بالذات فهو الاصل في الخصومة لان العار يلحقه مقصودا فلا يطالب غيره بموجبه الا عند الياس عن مطالبته وذلك بان يكون ميتا قال لو كان المقذوف غائبا لم يكن لولده ولا لوالده المطالبة خلافا لابن ابي ليلى ولانه يجوز ان يصدقه الغائب وما ذكرنا من ان حق المطالبة يثبت للاب وان علا ذكره الفقيه ابو الليث وفي فتاوى قاضي خان رجل قذف ميتا فلولده وولد ولده ووالده ان ياخذ القاذف ويحده وولد الابن وولد البنت سواء في ظاهر الرواية ولا ياخذه بذلك الاخ ولا العم ولا الجد لاب ولا ام الام ولا عمه ولا مولاه وعند الشافعي ومالك واحمد ايضا تثبت المطالبة لكل وارث بناء على انه يورث عنده ففي فتاوى القاضي قال محمد لكل من يرثه ويورث منه ان ياخذ القاذف ويحده انتهى وهذه رواية غريبة عن محمد ثم للشافعي

ومع عدمه يراد المجازي وقوله لست بابن فلان بجده له معنى مجازي

واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى ولنا انه عيره بقذف محصن فياخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا

فمن يرثه ثلاثة اوجه احدها انه يرثه جميع الورثة والثاني غير الوارث بالزوجية والثالث يرثه ذكور العصبات لا غيرهم وعندنا ليس بطريق الارث لما ذكرنا من لحوق العار ولذا لا يثبت للاخ عندنا حق المطالبة به لان قرابة الولاد بمنزلة نفس الانسان فاللاحق من العار للانسان كاللاحق لنفس ولده ووالده بخلاف الاخ لا يلحقه ضرر عار زنا اخيه كما لا يلحقه النفع بانتفاع اخيه ولعلم الشرع بذلك اجاز شهادة الاخ لاخيه فليس لاخ المقذوف والعم وخاله المطالبة بحد القاذف ولم تجز شهادة الولد والوالد لانهما في حكم نفس المشهود له ولهذا اعني لكون حق المطالبة للحوق العار غير دائر مع الارث يثبت للمحروم عن الميراث بالقتل او الرق والكفر فلقاتل فيه ان يطالب قاذفه بعد قتله بحد القذف وكذا اذا كان الولد عبدا او كافرا خلافا لزفر ويثبت لولد بنت المقذوف كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت للابعد مع وجود الاقرب وكذا يثبت لولد الولد حق المطالبة مع وجود الولد خلافا لزفر ولو عفا بعضهم كان لغيره ان يطالب به لانه للدفع عن نفسه وقوله خلافا لمحمد يعني في رواية ليست هي ظاهر الرواية عنه وجهها ان نسبه الى ابيه وهو اجنبي عن جدته لامه بدليل انه لم يدخل في لفظة ولد الولد ولد الولد وقف على اولاده واولاد اولاده لا يدخل ابن البنت في ظاهر الرواية وجه الظاهر يخصهم اولا يمنع عدم الدخول بل يدخل كقول الخصاف وقد اختاره جماعة في الوقف وثانيا وعلى تقدير التسليم فالمعنى مختلف لان مبنى ثبوت حق الخصومة في حد القذف ثبوت الجزئية المستلزمة لرجوع عار المنسوب الى الانسان الى الآخر وثبوت الوقف عليه بثبوت تبادر ولد البنت من قولنا اولاد فلان لانه وقف على من يسمى به فاذا لم يتبادر لم يستحق الوقف وصار كالوصية لاولاد واولاد فلان لا يدخل اولاد بناته بهذا وجه قول زفر ان ما يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد كولد المقذوف معه واعتبره بالخصومة في الكفاءة فانه لا خصومة للابعد مع وجود الاقرب والجواب منع ان ما يلحق الاقرب فوق ما يلحق الابعد بل كل من ينسب الى المقذوف بالجزئية يلحقه من العار مثل ما يلحق الآخر لاتحاد الجهة والتبعية بخلاف المقذوف مع ولده لانه يلحقه العار قصدا والالحاق به دون ولده وولد ولده واما حق خصومة الكفاءة فانما يثبت للاقرب بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات فعلم ترتيبهم في ذلك لان الاسم يشعر به حيث علم ان حكمه ذلك فان قلت قد ظهر الاتفاق على ولاية مطالبة ولد الولد بقذف جده وجدته انما خالف زفر في ذلك عند وجود الاقرب فما وجه ما في قاضيخان اذا قال جدك زان لا حد عليه قلنا ذلك للابهام لان في اجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا ما لم يعين مسلما بخلاف قوله انت ابن ابن الزانية لانه قاذف لجده الادنى فان كان او كانت محصنة حد قوله واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر ولابنه العبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر ولكل من قال طريقه الارث يعني اذا كان المقذوف ميتا بان وقع بعد موت المقذوف لانه لا يورث ولا يطالب به الابن في حال حياة المقذوف هو يقول القذف تناول الابن معنى لا صورة لرجوع العار اليه وليس الحد الآن والمطالبة به لاجل امه اذ ليس طريقه الارث عندنا واذا تناوله معنى فغاية امره ان يجعل كانه تناوله صورة ومعنى بان يكون هو المقصود بالقذف ولو كان كذلك لم تكن المطالبة لعدم احصانه فكذا اذا كان مقذوفا معنى فقط ولنا انه اي القاذف عيره بقذف محصن هي امه والوه فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في المقذوف قصدا وهو الذي ينسب

وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي رح لا يبطل ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصود من شرع الزاجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام واذا تعارضت الجهتان فالشافعي رح مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغناء الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع الا نيابة وهذا هو الاصل المشهور الذي تتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنده ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن ابي يوسف رح في العفو مثل قول الشافعي رح

الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال لانه لا يقع تعييرا كاملا الا اذا كان محصنا ثم ترجع هذا التعيير الكامل الى ولده فيثبت له حق المطالبة على طريق الاصالة للشين الذي لحقه لا للخلافة ثم يترتب على المطالبة اقامة الحد حقا لله تعالى والكفر لا ينافي اهلية استحقاق المطالبة بخلاف ما اذا قذفه نفسه لعدم احصانه فلم يقع التعيير اذ لم يكن محصنا على الكمال والحاصل ان السبب التعيير الكامل وهو باحصان المقذوف فان كان حيا كانت المطالبة له او ميتا طالب به اصله او فرعه وان لم يكن محصنا لم يتحقق التعيير الكامل في حقه **قوله** وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة اي التي قذفها في حال موتها ولا للابن ان يطالب اباه وان علا بقذف امه الحرة المسلمة التي قذفها في حال موتها بان قال رجل لعبده يا ابن الزانية وامه ميتة حرة او قال لابنه او لابن ابنه وان سفل بعد وفاة امه يا ابن الزانية وهو قول الشافعي واحمد ورواية عن مالك والمشهور عنه ان للابن ان يطالب اباه بقذف امه وهو قول ابي ثور وابن المنذر لاطلاق آية فاجلدوهم ولانه حد هو حق الله فلا يمنع من اقامته قرابة الولاد وقال مالك اذا حد الاب سقطت عدالة الابن لمباشرته سبب عقوبة ابيه مع قوله تعالى فلا تقل لهما اف والجواب ان الاطلاق او العموم مخرج منه الولد على سبيل المعارضة بقوله تعالى ولا تقل لهما اف والمانع مقدم ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا يقطع بسرقته فانتقضت عليه الحد بالاجماع على عدم القطع وصار الا هل ان عموم الآية عنده في قوله تعالى ولا تقل لهما اف وقوله عدم لا يقاد الوالد بولده ولا يقطع السيد بعبده اما الاجماع على عدم القطع فلشبهة الملك للاب في المسروق فلا يرد على مالك رح نعم دلالة الاجماع على كونه لا يقاد به لازمة فان اهدار جنايته على نفس الولد توجب اهدارها في عرضه بطريق اولى مع ان القصاص متيقن بسببه والمغلب فيه حق العبد بخلاف حد القذف فيهما ولضعف الاستدلال بعدم القطع بسرقة مال الابن اقتصر المص على قوله ولهذا لا يقاد الوالد بولده وقول المص لان المولى لا يعاقب بسبب عبده استدلال على عدم اعتبار مطالبة العبد لسيده بقذف امه قيل لان حق عبده حقه فلا يجوز ان يعاقب بسبب حق نفسه **قوله** ولو كان لها اي لزوجته الميتة التي قال لولدها بعد موتها يا ابن الزانية ولد آخر من غيره كان له حق المطالبة باجماع الائمة الاربعة لان لكل منهما حق الخصومة فظهر في حق احدهما مانع دون الآخر فيعمل المقتضي عمله في الآخر وكذا لو كان جماعة يستحقون المطالبة فعفى احدهم كان للآخر المطالبة به بخلاف عفو احد مستحقي القصاص يمتنع استيفاء الآخر لان القصاص حق واحد للميت موروث للوارثين فباسقاط احدهما بالعفو لا يتصور بقاؤه ولان القتل الواحد لا يتصور تجزيه اما هنا فالحق في الحد لهم ولكل ولاية المطالبة به فلا يبطل باسقاط احدهما **فروع** يجوز التوكيل باثبات الحد عند الغائب في قول ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف وكذا في القصاص لان خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل وشرط الحد لا يثبت بشبهة والاجماع انه لا يصح باستيفاء الحد والقصاص لانهما عقوبة تندرئ بالشبهات ولو استوفاه الوكيل مع غيبة الموكل لان مع احتمال انه عفا او ان المقذوف قد صدق القاذف او اكذب شهوده ولا يخفى قصور التعليل الاول لكان حقيقة العفو بعد ثبوت السبب لا يسقط الحد فمع احتماله اولى **قوله** ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده فيرث الوارث الباقي فيقام له وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص كالقصاص فمن هذا الوجه

ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول اظهر

من هذا الدليل هو حق العبد ثم يعلم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصد من شرع الزواجر كلها اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق
الشرع اذ لم يختص بهذا انسان دون غيره وبكل من حق الله وحق العبد في حد القذف فشهد الاحكام فباعتباره حقا للعبد شرطت
الدعوى في اقامته ولم تبطل الشهادة بالتقادم ويجب على المستأمن ويقيمه القاضي بعلمه اذا علمه في ايام قضائه وكذا لو قذفه بحضرة القاضي
حده وان علمه القاضي قبل ان يستقضي ثم ولي القضاء ليس له ان يقيمه حتى يشهد به عنده وتقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة اذا
اجتمعا ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار به وباعتباره حق الله تعالى استوفاه الامام لا المقذوف بخلاف القصاص ولا ينقلب مالا عند
سقوطه ولا يستحلف عليه القاذف ويتنصف بالرق كالعقوبات الواجبة حقا لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف لا يختلف
باختلاف المتلف واذا تعارضت الجهتان ولم يكن اهدار مقتضى احدهما لزم اعتبارهما فيه فيثبت ان فيه الحقين الا ان الشافعي مال الى
تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنا المشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولى استيفاءه
مولاه فيصير حق العبد مرعيا بتغليب حق الشرع لا مهدرا ولا كذلك عكسه اي لو غلب حق العبد لزم ان لا يستوفي حق الشرع الا بان
يجعل ولاية استيفائه اليه وذلك لا يجوز الا بدليل ينصبه الشرع على ان انابة العبد في الاستيفاء ولم يثبت ذلك بل الثابت استنابة
الامام حتى كان هو الذي يستوفيه كسائر الحدود والتي هي حقه تعالى على ما قدمنا من الاحكام فاذا ثبت ما ذكرنا من الاختلاف في هذا الاصل
تفرعت فروع اخرى مختلف فيها بعد الفروع المتفق عليها الشاهدة لكل من ثبوت الجهتين منها الارث فعنده يورث وعندنا لا يورث اذ
الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الله تعالى اي انما يرث العبد حق العبد بشرط كونه مالا او ما يتصل بالمال كالكفالة او فيما ينقلب الى المال
كالقصاص والحد ليس شيئا منها فيبطل بالموت اذ لم يثبت دليل شرعي على استخلاف الشرع وارثا من جعل له حق المطالبة اذ وصية في المطالبة
التي جعلها شرطا لظهور حقه ومنها العفو فانه بعد ما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفى المقذوف عن القاذف لا يصح منه ويحد عندنا
ويصح عنده ولا يسقط عندنا الحد بعد ثبوتهما الا ان يقول المقذوف لم يقذفني او كذب شهودي ونحوه ليظهر ان القذف لم يقع موجبا للحد لا انه
وقع ثم سقط بقوله ذلك وهذا كما صدقه المقذوف فانه يبطل بمعنى ظهور ان القذف لم ينعقد موجبا للحد بخلاف العفو عن القصاص يسقط
بعد وجوبه لان المغلب فيه حق العبد ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه عندنا وبه قال مالك وعنده يجوز وهو قول احمد ويجري فيه التداخل عندنا
وبه قال مالك حتى لو قذف شخصا مرات او قذف جماعة كان فيه حد واحد اذا لم يتخلل حد بين القذفين ولو ادعى
بعضهم فحد ففي اثناء الحد ادعى آخرون كمل ذلك الحد وعند الشافعي لا يجري فيه التداخل وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي وهو انه
يصح عفو المقذوف **قوله** ومن اصحابنا من قال ان الغالب في حد القذف حق العبد الخ ما تقدم من بيان الاصل المختلف فيه وتفريع
الاحكام المختلف فيها على الخلاف فيه هو الاظهر من جهة الدليل والاشهر لانه قول عامة المشايخ وذهب صدر الاسلام ابو اليسر الى ان الغالب فيه
حق العبد كقول الشافعي وخرج الاحكام المختلف فيها على غير ذلك اما توجيه ان حق العبد غالب فلان اكثر الاحكام تبتني عليه والمعقول يشهد به
وهو ان العبد ينتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل ان حد القذف حق العبد كالقصاص واما تخريج الاحكام فانما فوض الى الامام
لان كل احد لا يهتدي الى الضرب الواجب او لانه ربما يزيد المقذوف في قوته لحنقه فيقع متلفا وانما لا يورث لانه مجرد حق ليس مالا ولا بمنزلته فهو

ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه ومن قال للعربي يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه

كخيار الشرط وحق الشفعة بخلاف القصاص على ما قدمناه وانما لا يصح عفوه لانه عفو عما هو مولى عليه فيه وهو الاقامة ولانه تعنت في العفو لانه رضي بالعار والرضا بالعار عار وهذا كما ترى تخريج لبعض الفروع المختلفة ثم لا يخفى ما في تخريجه عدم صحة العفو اذ لا يخفى ان كون المقذوف ينتفع به على الخصوص ممنوع بل فيه صيانة اعراض الناس عن خصوص القاذف وصيانة اعراض بعضهم عن بعض على العموم وان العفو لا يستلزم الرضى بالعار بل قد لا يرضى الا ان يتكرر به ولا يعاقب عليه فاعله وكونه مولى عليه انما هو في نفس الفعل للتهمة بسبب حقه فلا ينفي ان يعفو فلا يفعل ذلك اصلا وما ذكرنا في ترجيح تغليب حق الله تعالى اوجه مما في الخيارية ان شاء الله تعالى وقول محمد ان وقع في موضع انه حق الناس فقد وقع في آخر انه حق الله تعالى **قوله** ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه فيقبل رجوعه واما التعليل لانه بالاقرار الحق الشين بالغير وبالرجوع يريد ان يبطل حق الغير فالمعنى انه اثبت حق الغير ثم يريد ان يبطله فلا يقبل فيه ويشكل عليه الرجوع في الاقرار بحق الشرع وكونه الحق الشين لا اثر له بل الحاصل انه لما الحق الشين ثبت لك حق الآدمي فلا يقبل ابطاله فالحاق الشين تاثيره في اثبات حق الآدمي ليس غير امتناع الرجوع ليس الا لتضمنه ابطال حق الغير **قوله** ومن قال للعربي يا نبطي او قال لست بعربي لا يحد وكذا اذا قال لست من بني فلان وقال مالك رحمه الله يحد اذا نوى الشتم وعنده اذا قال يا رومي لعربي او فارسي او يا فارسي لرومي او عربي او يا ابن الخياط وليس في آبائه الخياط يحد قلنا العرف في مثله ان يراد نفي المشابهة في الاخلاق او عدم الفصاحة واما قذف امه او جده من جداته لابيه فلا يخطر بالبال ولذا اطلقوا نفي الحد من غير تفصيل بين كونه حالة الغضب او الرضا وهذا لان النسبة الى الاخلاق الدنية مما يشتم به فاذا لم يتعارف مثله في القذف اصلا لم يحمل في الغضب ساتا بهذا القدر ولان النبطي قد يراد به النسبة الى المكان على ما قال في ديوان الادب النبط قوم ينزلون بسواد العراق ونحوه كما قال يا رستاقي يا ريفي في عرفنا اي يا قروي لا يحد به وقال الفقيه ابو الليث النبطي رجل من غير العرب **قوله** ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف وكذا اذا قال يا ابن مزيقيا او يا ابن جلا لان الناس يذكرون هذه لقصد المدح فماء السماء لقب به عامر بن حارثة الغطريف الازدي لانه اغناهم عن ماء السماء وجميع الضمير فيها حيث قال لان ماء السماء وقت القحط كان يقيم لهم مقام القطر فهو كماء السماء عطاء وجودا اي وجزيقيا لقب لابنه عمرو لانه كان يمزق كل يوم حلتين عليه فيكره ان يعود لبسهما ويكره ان يلبسهما غيره وهو من ملوك غسان وعلى هذا فالانسب ان يكون قول القائل يا ابن مزيقيا للذم والاسراف والاعجاب لكن عرف العامة في مثله انه جود وقد لقب بماء السماء ايضا للحسن والصفاء به تتبعا لام المنذر بن امرئ القيس لذلك وقيل لولدها بنو ماء السماء قال زهير شعر ولازمت الملوك من آل نصر وبعدهم بني ماء السماء وجمع الضمير فيها حيث قال لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه واما جلا فقد استعمل مرادا به الانسان في قول سحيم شعر انا ابن جلا وطلاع الثنايا متى اضع العمامة تعرفوني وكلام سيبويه يفيد انه ليس علما بل وصف حيث قال جلا هنا فعل ماض كانه قال انا ابن الذي جلا اي اوضح وكشف واما قول القلاخ انا القلاخ بن جناب بن جلا فيحتمل كونه علما لقبا وكونه وصفا ايضا ثم انه انما يراد به التشبيه في كشف الشدائد وازالة المكاره فلا يكون قذفا وذكر انه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء وهو معروف يحد في حال السباب بخلاف ما اذا لم يكن فان قيل اذا كان قد سمي به لاجل السخاء والصفاء فينبغي في حالة الغضب ان يحمل على النفي كما في جواب المسئلة مطلقا فالجواب انه لما لم يعهد استعماله لذلك القصد يمكن ان يحمل المراد

وان نسبه الى عمه او خاله او الى زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا اما الاول فلقوله تعالى نعبد الهك واله آبائك
ابراهيم واسماعيل واسحاق واسماعيل كان عماله والثاني لقوله عليه السلام الخال اب والثالث للتربية ومن قال لغيره زنأت
في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب
وارق الى الخيرات زنأ في الجبل * وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين
المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زاني او قال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان
مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل انت
حدا جميعا لان معناه لا بل انت زان اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني

في حالة الغضب التهكم به عليه كما قلنا في قول لست بعربي لما لم يستعمل في النفي يحمل في حالة الغضب على سبه بنفي الشجاعة والسخاء عنه
ليس غير **قوله** وان نسبه لعمه او خاله او زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا فالاول وهو تسمية العم ابا فلقوله تعالى واله
آبائك ابراهيم واسمعيل واسحاق واسمعيل كان عما اي ليعقوب عليهم الصلوة والسلام والثاني لقوله عليه السلام الخال اب قالوا هو غريب نعم في كتاب
الفردوس لابي شجاع الديلمي عن عبد الله بن عمر مرفوعا الخال والد من لا والد له والثالث للتربية وقيل في قوله تعالى ان ابني من اهلي انه كان ابن امرأته **قوله**
ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعدت الجبل والحالة حالة الغضب وسيظهر ان هذا القيد مراد لا يصدق ويحد عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب وارق الى الخيرات زنأ في الجبل والزنا وان كان يهمز
فيقال زنأ على ما سلف لكن ذكر الجبل يقرر الصعود مرادا وقوله قالت امرأة من العرب هو على ما قال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها
اشبه ابا امك او اشبه حمل ترید علی ولا تكونن كهلوف وكل يصبح في مضجعه قد انجدل وارق الى الخيرات زنأ في الجبل * واما قول شارح اصلاح
المنطق فقال الباهلي لرجل رأى ابنا له ترقصه امه فاخذه من يدها وقال اشبه ابا امك الابيات وهذا الرجل قيس بن عاصم المنقري اي كن مثل ابي امك
او مثلي من تخذه الصبيان اليوا المرو كن مثل ابي امك او مثلي وكان ابو امه شريفا سيدا وهو زيد الفوارس بن ضرار الضبي وامه منفوسة بنت زيد الفوارس
قال فاخذته امه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول اشبه اخي او اشبهن ابا كا اما ابي فلن تنال ذاكا تقصر عن مثله يداكا والهلوف بكسر الهاء وتشديد اللام مفتوحة الثقيل والوكل
الذي يتكل على غيره فيما يحتاج اليه وذكر في النهاية قوله او اشبه حمل بالجيم وقال اسم رجل هو الحي من العرب وهو حمل بن سعد والوكل العيال على غيره ولهما انه
يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا على ما اسلفنا لان من العرب من يهمز الملين اي اللين في غير التقاء الساكنين كقول العجاج * وصدق ناءة هذا العالم
ومنه قوله صبر فقد هيجت اشوق المشتاق والا فهو اسم فاعل وزال المانع من الكسر بالهمز واما نحو قطع الله اديه اي يديه والتمثيل به بناء على ان المراد بحرف
اللين اي الملين حرف العلة لكن الاصطلاح على انه حرف العلة بقيد السكون وقد يهمز في الالتقاء على حده فان كان على خلاف العادة كقال دابة و
شابة وقرئ ولا الضالين شاذا وان كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة وبمعنى الصعود فحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا وهذا ما ذكرنا من انه
سيظهر ارادة قيد الغضب في جواب المسئلة فكان كما لو قال يا زاني او زنأت فانه يحد اتفاقا وقوله وذكر الجبل تعين الصعود مرادا قلنا انما يتعين ذلك اذا كان
مقرونا بكلمة على فيقال زنأت على الجبل ولا يخفى انه ممتنع بل يقال زنأت في الجبل بمعنى صعدت ذكره في الجمهرة وغيرها والبيت المذكور معلوم ان المراد فيه ليس
الا الصعود وهو بلفظ في بل الجواب مع ان ذكر الجبل يعين الصعود وان الفاحشة قد تقع في الجبل اي في بعض بطونه وعلى الجبل اي فوقه كما قد تقع على
السطح الدار ونحوه فلم يكن ذكره قرينة مانعة من ارادة الفاحشة فبقي الاحتمال بحاله وترجح ارادة الفاحشة بقرينة حال السباب فالمعنى صحة ولو قال زنأت
على الجبل والباقي بحاله اي في حال الغضب قيل لا يحد لما قلنا آنفا ان ذكر لفظة على تعين كون المراد الصعود وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه وهي حالة الغضب
والسباب وهو الاوجه وقد عرف من تقييد جواب المسئلة بحالة الغضب انه في حالة الرضا لا يحد اذ لا يحد بالشك بل لا داعي فالظاهر عدم ارادة السبب
قوله ومن قال لآخر يا زاني فقال له الآخر لا بل انت فانهما يحدان اذا طالب كل منهما الآخر لانهما قاذفان ولو طالب كل الآخر واثبت ما طالب
عند الحاكم لزمه حينئذ حق السمع فهو الحد فلا يتمكن واحد منهما من اسقاطه فيحد كل منهما بخلاف ما لو قال له مثلا يا خبيث فقال انت فانه يتكافأ ولا يعزر كل منهما
للآخر لان التعزير حق الآدمي وقد وجب له عليه مثل ما وجب للآخر فتساقطا اما كون الاول قاذفا فظاهر واما الثاني فلان معناه لا بل انت زان وكذا لو كان

ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل أنت حدت المرأة ولا لعان لأنهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد وفي البداءة
بالحد إبطال اللعان لأن المحدود في القذف ليس بأهل له ولا إبطال في عكسه أصلا فيحتال للدرء إذ اللعان في معنى الحد ولو قالت زنيت
بك فلا حد ولا لعان ومعناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لأنه يحتمل أنها أرادت الزنا قبل النكاح فيجب
الحد دون اللعان لتصديقها إياه وانعدامه منه ويحتمل أنها أرادت زناي ما كان معك بعد النكاح لأني ما مكنت أحدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة
وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا ومن أقر بولد ثم نفاه فإنه يلاعن لأن النسب لزمه
بإقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن وإن نفاه ثم أقر به حد لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان لأنه حد ضروري صير إليه ضرورة التكاذب والأصل فيه
حد القذف فإذا بطل التكاذب يصار إلى الأصل والولد ولده في الوجهين لإقراره به سابقا أو لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد

المجيب حينئذ ... لأنه قال أنت ... والحق ... لكن ... قذفت العبد قال الأستاذ ... يعني كلمة بل ... يستدرك بها الغلط يعني
في التراكيب الاستوائية فيصير الخبر المذكور ثانيا ... في التركيب الأول إذا كان جملة ... في الثاني فإذا قال زيد قائم أو قام زيد لا بل عمرو فقد وضع عمرا في التركيب
الأول موضع زيد فيصير ذلك الخبر وهو الفعل المسند إليه ... ولم ... بل هو الأول ... يا زاني بل ... اعتبار النظير ... ما ذكرنا وإذا كانت كذلك
فيليها ... بل أنت زان **قوله** ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل أنت حدت المرأة ولا لعان
أقول ... ولا لعان لأنهما قاذفان ... قذف الرجل زوجته يوجب اللعان وقذفها إياه يوجب الحد عليها والأصل أن الحدين إذا اجتمعا وفي تقديم أحدهما إسقاط الآخر
وجب تقديمه احتيالا للدرء واللعان قائم مقام الحد فهو في معناه وبتقديم حد المرأة يبطل اللعان لأنها تصير محدودة في قذف واللعان لا يجري بين
المحدودة في القذف وبين زوجها لأنه شهادة وشهادة المحدود في القذف وبتقديم اللعان لا يسقط حد القذف عنها لأن حد القذف يجري على الملاعنة ولهذا
لو قال لها يا زانية بنت الزانية فخاصمته الأم فحد سقط اللعان لأنها شهادة ولو خاصمته المرأة أولا لاعن القاضي بينهما فإذا خاصمت الأم بعده حد القذف
فقدمنا الحد درءا للعان الذي هو في معناه ولو كانت قالت في جواب قوله يا زانية زنيت بك فلا حد ولا لعان لوقوع الشك في كل منهما لأنه يحتمل أنها أرادت
الزنا قبل النكاح فتكون قد صدقته في نسبتها إلى الزنا فيسقط اللعان وقذفته حيث نسبته إلى الزنا فلم يصدقها عليه ... وانعدامه منه أي انعدام
التصديق منه فيجب الحد دون اللعان ويحتمل أنها أرادت زناي ما كان من تمكيني إياك بعد النكاح وهذا الكلام يجري بين الزوجين في العادة فيجري مجازا للمشاكلة
مثل وجزاء سيئة سيئة مثلها فإن فعلها معه بعد الزوجية ليس زنا كما أن الجزاء ليس سيئة ولكن أطلق عليه اسمه للمشاكلة حين ذكر معه وعلى هذا لا حد عليها
لأنها لم تقذفه ويجب اللعان لأنه قذف زوجته فعلى تقدير يجب الحد دون اللعان وعلى تقدير يجب اللعان دون الحد والحكم بتعين أحد التقديرين بعينه متعذر
فوقع الشك في كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك هذا معنى قوله فجاء ما قلنا أي من أنه لا حد ولا لعان ولولا أن مثل قولها معلوم الوقوع من المرأة
على كل من القصدين عند ابتذالها إياها بالمغاظة لوجب ما البتة عينا القذف فيها إذ النسبة إلى الزنا منصرف إلى الحقيقة ونص الشافعي في مسألة الكتاب أن تحلف
الزوجة أنها لم ترد الإقرار بالزنا ولم ترد قذفه ويكتفي بيمين واحدة في وجه وعلى الزوج الحد ونحوه لأن هذا ما ليس إقرارا صحيحا بالزنا ولتقولت قال أحمد ولو ابتدأت
الزوجة فقالت لزوجها زنيت بك ثم قذفها الزوج لا حد عليه ولا لعان وهذا ظاهر **قوله** ومن أقر بولد ثم نفاه فإنه يلاعن لأن النسب لزمه بإقراره وبالنفي
بعده صار قاذفا للزوجة فيلاعن وإن نفاه أولا ثم أقر به قبل اللعان حد لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان الذي كان وجب بنفيه للولد لأن اللعان حد
ضروري صير إليه ضرورة التكاذب بين الزوجين في زنا الزوجة والأصل فيه أي في اللعان ما هو الأصل في القذف لأنه قذفها فإذا بطل الحلف ببطلان
التكاذب صير إلى الأصل فيحد الرجل وقوله وفيه خلاف ذكرناه في اللعان الذي ذكره في اللعان أنه إذا أكذب نفسه بعد اللعان بنفي الولد وتفريق القاضي
بينهما القاضي وحل له أن يتزوجها وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رح وقال أبو يوسف هو تحريم مؤبد وقوله والولد ولده في الوجهين أي ما إذا أقر بالولد ثم نفاه
وما إذا نفاه أولا ثم أقر به لإقراره به سابقا في الأولى فيثبت ولا ينتفي بما بعده ولا خفاء في الثانية فيثبت به بعد النفي وقوله واللعان يصح بدون قطع النسب
جواب سؤال هو أن يقال سبب اللعان ليس إلا نفي الولد فإذا لم ينتف كيف يجب اللعان فقال ليس من ضرورة اللعان بنفي الولد قطع النسب ألا ترى
أنه لو نفاه بعد أن تطاولت المدة بعد الولادة فإنه يلاعن ولا يقطع النسب كما يصح بلا ولد أصلا بأن قذفها بالزنا ولا ولد فإنه يلاعن وليس
هناك قطع نسبه وأما أنه لو نفى نسب ولد امرأته الأمة فإنه ينتفي النسب فيثبت انفكاك اللعان عن قطع النسب من الجانبين فصح لكن

وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امرأة ومعها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط الاحصان ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا **قال** ومن وطئ وطيا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطئ وطيا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطي المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطي في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطي في الملك والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة رح يشترط ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد

لا دخل له في الجواب **قوله** وان قال اي الزوج الذي جاءت زوجته بولد ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه اذا انكرهما فقد انكر الولادة وذلك نفي كونه ابنه لنفي ولادتها اياه ونفي ولادتها لا يصير قاذفا لانه انكار الزنا منها **قوله** ومن قذف امرأة ومعها اولاد لم يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي وقت القذف او ميت فلا حد عليه او قذف ولد الملاعنة نفسه او ولد الزنا فانه يحد ولو انه بعد اللعان ادعى الولد فحد او لم يحد حتى مات فثبت نسب الولد منه فقذفها بعد ذلك قاذف غيره او هو قبل موته حد ولا يحد الذي قذفها قبل تكذيبه نفسه وكذا لو اقامت البينة على الزوج انه ادعاه وهو ينكر يثبت النسب ويحد قاذفها بعد ذلك لا يحد لانها خرجت عن صورة الزواني ولو قذفها الزوج فرافعته واقامت بينة انه اكذب نفسه حد لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم او بمعاينته وجه عدم الحد في ذات الاولاد قيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها اي الى الامارة وهي اي العفة شرط واعلم انه ان صح ما رواه الامام احمد وابو داؤد في حديث هلال بن امية من قوله وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يدعى ولدها لاب ولا ترمى ولدها ومن رماها او رمى ولدها فعليه الحد وكذا ما رواه احمد ايضا من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ولد المتلاعنين انه يرث امه وترثه امه ومن رماها به جلد ثمانين ومن دعاه ولد زنا جلد ثمانين اشكل على المذهب والائمة الثلثة جعلوا قذف الملاعنة بولد كقذف الملاعنة بلا ولد ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا وثبوت امارته فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فكانت كالمحدودة بالزنا فلا يحد قاذفها اجيب بانه قائم مقام حد الزنا بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فهي محصنة في حق غيره الا ترى ان اللعان في حقه قائم مقام حد القذف بالنسبة اليها لا الى غيرها حتى قبلنا شهادته ولا نعلم خلافا في ذلك الا ان للشافعية في وجه انه اذا قذفها اجنبي بذلك الزنا الذي لاعنت به لا يحد واعترض بان مقتضاه ان لا يحد الزوج لو قذفها بعد اللعان لكن المنصوص في الاصل انه يحد بل الحق انه لم يسقط احصانها بوجه وقولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها انما يقتضي ان لا يحد قاذفها لو كان معناه انه وجب عليها الحد وجعل اللعان بدله وليس كذلك لانه لا يجب الحد بمجرد دعوى الزنا عليها مع العجز عن اثباته لا يسقط احصانها وانما هو ليتفق الصادق منهما حيث يتضاعف به على الكاذب عقابه بان يضاف الى عذاب الزنا وعذاب الشهادة المؤكدة بالايمان الغموس او يضاف ذلك الى عذاب الافتراء والقذف بخلاف ما اذا كان بنفي الولد لان امارة الزنا قائمة فاوجبت ذلك وقد اول قولهم بما لا يشرح صدرا ولا يرفع اصرا فالحق ان كونه قائما مقام حد القذف في حقه ظاهر غير محتاج الى تاويل واما الجانب الآخر ففيه تساهل لا يرتفع ورود السؤال الا بهو بناء على انه كلام تحقيقي على ظاهره وليس كذلك فلا يرد

قوله ومن وطئ وطيا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة هي شرط الاحصان ع وهو تسامح فانه لما لم يكن بحيث يحصل عند الاحصان بل هو مجموع امور العفة احدها فهو جزء مفهوم الاحصان بالحقيقة ولان القاذف صادق لان الوطي في غير الملك زنا كذا قيل وهو قاصر على ما اذا قذفه بذلك الزنا بعينه اولا بهم اما اذا قذفه بغيره فانه لا يعلم صدقه فيه فيحد والحكم ليس كذلك بل المنصوص ان من قذف زانيا لا حد عليه سواء قذفه بذلك الزنا بعينه او بزنا آخر او ابهم نص عليه في الاصل المبسوط خلافا لابراهيم وابن ابي ليلى وجه قولنا ان النص انما اوجب الحد على من رمى المحصنات ومعناها المحصنين بالزنا لا يقتضي الاحصان فرميه رمي غير المحصن ولا دليل يوجب الحد فيه نعم هو محرم واذى بعد التوبة فيعزر والاصل فيما يعرف به الوطي المسقط للاحصان الوطي الذي يسقطه ان من وطئ وطيا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه على قاذفه لان الزنا هو الوطي المحرم لعينه فاذا وقع فيه كان زانيا فيصدق قاذفه فلا يكون فرية وهو الموجب للحد وان كان وطيا محرما لغيره يحد قاذفه لانه وان كان محرما ليس بزنا اذا عرف هذا فالمحرم لعينه هو الوطي في غير الملك من كل وجه

بيانه ان من قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او امرأته وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي مؤقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف ان وطئ المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل في حق الوطي ولهذا يلزمه العقر بالوطي ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي مؤقتة ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح

كوطي الحرة الاجنبية والمكرهة اعني ان الموطوءة اذا كانت مكرهة يسقط احصانها فلا يحد قاذفها فان الاكراه يسقط الاثم فلا يخرج الفعل به من ان يكون زنا فلذا يسقط احصانها كما يسقط احصان المكرِه الواطي ذكره في المبسوط وان غيره او من وجه كالامة المشتركة بين الواطي وغيره وكذا الوطي في الملك والحرمة مؤبدة كوطي امته التي هي اخته من الرضاع ولو كانت الحرمة مؤقتة كالامة المزوجة والامة المجوسية ووطي امة الاختين والزوجة في حالة الحيض والنفاس فالحرمة لغيره وابو حنيفة يشترط في عدم ثبوت حد القاذف للواطي في الحرمة المؤبدة كون تلك الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع كوطئه امة ابيه بالنكاح او بملك اليمين فلو تزوجها الابن او اشتراها فوطئها لا يحد قاذفه وكذا اذا تزوج امرأتين لا يحل له الجمع بينهما في عقدة او جمع بين اختين وطئا بملك يمين او نكاح او بين امرأة وعمتها وخالتها او تزوج امة على حرة او جمعهما في العقد فوطئ الامة فلا حد على قاذفه بخلاف ما لو نظر الى داخل فرج امرأة او مسها مع شهوة بحيث انتشر معه ثم تزوج بنتها او امها او اشتراها فوطئها حد قاذفه عند ابي حنيفة وهو قول الائمة الثلاثة ولا يحد عندهما لثابتية الحرمة ولا اعتبار للاختلاف كما لو اشترى مزنية ابنه فوطئها يسقط احصانه وحرمة المصاهرة بالزنا مختلف بين العلماء وابو حنيفة انما يعتبر الخلاف عند عدم النص على الحرمة بان يثبت بقياس او احتياط كثبوتها بالنظر الى الفرج والمس بشهوة لان ثبوتها لاقامة السبب مقام المسبب احتياطا فهي حرمة ضعيفة لا ينتفي بها الاحصان الثابت بيقين بخلاف الحرمة الثابتة بزنا الاب فانها ثابتة بظاهر قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم فلا يعتبر الخلاف فيها مع وجود النص وكذا وطي الاب جارية ابنه مسقط للاحصان وقوله او بالحديث المشهور مثاله حرمة وطي المنكوحة للاب بلا شهود على الابن بناء على ادعاء شهرة حديث لا نكاح الا بشهود ولذا لم يعرف فيه خلاف بين الصحابة وحرمة وطي امته التي هي خالته من الرضاع او عمته لقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب **قوله** بيانه شروع في تفريع فرع آخر على الاصل اذا قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لا حد عليه لانعدام الملك من وجه فالقاذف صادق من وجه فيندرئ الحد للشبهة المقارنة لثبوت الموجب بخلاف رجوعه فانه وان كان الرجوع يوجب شبهة في الاقرار اي بالقذف الاول لا يعمل هنا فانه لم يقارنه بل وقع متاخرا والمفروض ان بالاقرار تقرر حق الآدمي لم تعمل الشبهة اللاحقة لان الشبهة اللاحقة بعد تقرر حق الآدمي لا ترفعه فلهذا لم يعتبر الرجوع عاملا في اسقاط الحد **قوله** وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها او رجلا زنى في نصرانيته فانه لا يحد والمراد قذفها بعد الاسلام بزنا كان في نصرانيتها بان قال زنيت وانت كافرة وكذا لو قال للمعتق زنيت وانت عبد لا يحد كما لو قال قذفتك بالزنا وانت كتابية او امة فلا حد عليه لانه انما اقر انه قذفها في حال لو علمنا منه صريح القذف لم يلزمه حد لان الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام الجلد عليه حدا بخلاف الرجم على ما مر ولا يسقط الحد بالاسلام وكذا العبد ولا فرق بين من يقام عليه الحد او لا حتى ان الكافر الحربي اذا زنى في دار الحرب ثم اسلم فقذفه لا يحد لان الزنا تحقق منه وان لم يقم عليه الحد فيكون قاذفه صادقا وانما ارتفع بالاسلام الاثم دون حقيقة الزنا ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او مزوجة او المشتراة شراء فاسدا او امرأته وهي حائض او مظاهر منها او صائمة صوم فرض وهو عالم بصومها او مكاتبة فعليه الحد لان الشراء الفاسد يوجب الملك فكانت الحرمة في كل من هذه النقادير موقتة مع قيام الملك فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا لان الزنا حيث ما كان بلا ملك قال تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين بخلاف النكاح الفاسد لا ملك فيه فلا يسقط احصانه بالوطي فيه ولا يحد قاذفه وعن ابي يوسف ان وطي المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك

ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ولو قذف مجوسيا تزوج بأمه ثم
أسلم يحد عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا حد عليه وهذا بناء على أن تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في
النكاح وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلما حد لأن فيه حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد ولأنه طمع في أن لا يؤذى فيكون
ملتزما أن لا يؤذي وموجب أذاه وإذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب وقال الشافعي رحمه الله تقبل إذا تاب وهي تعرف في الشهادات
وإذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على أهل الذمة لأن له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده فإن أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لأن
هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد إذا حد حد القذف ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته لأنه لا شهادة له أصلا
في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده وإن ضرب سوطا في قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لأن رد الشهادة متمم للحد فيكون
صفة له والمقام بعد الإسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ترد شهادته لأن الأقل تابع للأكثر والأول أصح

أصل في حق الوطء ولهذا لا يلزم السيد العقر لها ولو بقي الملك شرعا من وجه لما لزمه وإن حرم كوطء أمته المجوسية والحائض ونحن نقول إن قلتم
إن ملك الذات انتفى من وجه كالمشتركة فممنوع وإن عنيتم أن ملك الوطء انتفى سلمناه ولا يستلزم ثبوت الحد كالأمة المجوسية فيثبت أن
الحرمة لغيره إذ هي مؤقتة ووجوب العقر لا يدل على سقوط الإحصان كالراهن إذا وطئ أمته المرهونة وهي بكر يلزمه العقر ولا يسقط الإحصان
ذكره في المبسوط ولو قذف رجلا وطئ أمته وهي أخته من الرضاع لا يحد لأن الحرمة مؤبدة وقوله هذا هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فإنه يقول وطئها
لا يسقط الإحصان وهو قول مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله لقيام الملك فكان كوطء أمته المجوسية وجه الصحيح أن الحرمة في المجوسية ونحوها يمكن ارتفاعها
فكانت مؤقتة أما حرمة الرضاع لا يمكن ارتفاعها فلم يكن المحل قابلا للحل أصلا فكيف تجعل لغيره **قوله** ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه
لتمكن الشبهة في شرط الحكم وهو الإحصان لاختلاف الصحابة في إماتته حرا أو عبدا فأورث شبهة في إحصانه وبه يسقط الحد ولا نعلم فيه خلافا ممن
يعتبر الحرية من الإحصان **قوله** ولو قذف مجوسيا تزوج بأمه يعني لو تزوج مجوسي بأمه أو بنته ثم أسلم ففسخ نكاحهما فقذفه مسلم في حال إسلامه
يحد عند أبي حنيفة بناء على ما مر أن أنكحتهم لها حكم الصحة عند أبي حنيفة وقالا لا يحد بناء على أن ليس لها حكم الصحة وقولهما قول الأئمة الثلاثة وقد مر
في كتاب النكاح في باب نكاح أهل الشرك **قوله** وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلما حد لأن فيه حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد
ولأنه طمع في أن لا يؤذى فيكون ملتزما بالضرورة أن لا يؤذي وفي بعض النسخ طمع أن لا يؤذى فكان ملتزما موجب أذاه وهو الحد **قوله**
وإذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب عندنا لأن رد شهادته عندنا من تمام حده خلافا للشافعي فعنده تقبل شهادته إذا تاب كالتائب إذا تاب من الشرب
من المعاصي وهي خلافية تعرف في الشهادات إن شاء الله تعالى **قوله** وإذا حد الكافر في قذف لم تقبل شهادته على أهل الذمة وهذا لأن له الشهادة على جنسه على ما عرف عندنا
ورد الشهادة من تمام حد القذف فترد شهادته عليهم فإن أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل تحت الرد لأن النص يوجب رد
شهادته القائمة وقت القذف وليست هذه تلك فلم تدخل تحت الرد بخلاف ما لو حد المحدود ثم أسلم لا تقبل شهادته لأنه صار مردود الشهادة أبدا والردة ما زادته
فبالإسلام لا تحدث له شهادة بخلاف الكافر الأصلي ولهذا قبلت مطلقا على أهل الإسلام وغيرهم وبه اندفع ما قيل ينبغي أن لا تقبل بعد الإسلام على أهل الذمة لأنها كانت قائمة
وقد ردت بالقذف قلنا إن هذه أخرى نافذة على الكل لا على أهل الإسلام فقط أو على المسلمين وتبعيته على الكافر وهذا بخلاف العبد إذا حد في
قذف ثم أعتق فإنه لا تقبل له شهادة أبدا لأنه لم تكن له شهادة في تلك الحال للرق وقد وجب الحد عليه وهو رد شهادته مع الجلد فينصرف إلى ما
يحدث له من الشهادة بعد العتق هذا ولقائل أن يقول إن مقتضى النص عدم قبول كل شهادة له حادثة أو قائمة لأنه تعالى قال فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا
لهم شهادة أبدا والحادثة شهادة واقعة في الآن فمقتضى النص ردها والجواب أن التكليف بما في الوسع فحينئذ كان برد شهادته والامتثال إنما يتحقق
برد شهادته القائمة إذ كانت ولا فيما تحدث وإذا كانت له شهادة قائمة فردت تحقق الامتثال ثم فلما حدثت أخرى فلو رد كان
بلا مقتض إذ الموجب أخذ مقتضاه **قوله** وإن ضرب يعني الكافر سوطا في حد ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لأن رد الشهادة
متمم للحد فيكون صفة أي للحد والمقام بعد الإسلام بعض الحد وبعض الشيء ليس هو ذلك الشيء فلم يكن رد الشهادة صفة له
وعن أبي يوسف أنه ترد شهادته إذ الأقل تابع للأكثر والأول أصح لما ذكرنا وعرفت أنه لو أقيم عليه الأكثر قبل الإسلام
ثم أسلم وأقيم الباقي تقبل شهادته عند أبي يوسف أيضا وأورد عليه كما أن المقام بعد الإسلام بعض الحد كذلك المقام قبل الإسلام

قال ومن قذف او زنى او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاخيران فلان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود فى الثانى

فينبغى ان لا يكون صفة وايضا جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام اولى لان الحد اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الآخر احيب بان النص ورد بالامر بالحد والنهى عن القبول اوليس احدهما مرتبا على الآخر فتعلق بفعل كل منهما بما يكون والمكن رد شهادته قائمة للحال فيتقيد النهى بها وهذا كما ترى لا يدفع الوارد على قوله صفة له بل هو تقرير آخر واصل هذا ما ذكر فى الاصل والمبسوط قال لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد اذا كان عدلا ثم قال والحد لا يتجزى فما دونه يكون تعزيرا للحد او التعزير غير مسقط للشهادة قال وفى هذه المسئلة عن ابى حنيفة ثلث روايات احدها ما ذكرنا وهو قولنا والثانية اذا اقيم عليه اكثر الحد سقطت اقامة الاكثر مقام الكل وهى التى ذكرها المص عن ابى يوسف والثالثة اذا ضرب سوطا واحدا سقطت قال وهذه الروايات الثلث فى النصرانى اذا اقيم عليه بعض الحد ثم اسلم على ما ذكرنا انفا من الجامع الصغير **قوله** ومن زنى او شرب او قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله سواء قذف واحدا مرارا او جماعة بكلمة كقوله انتم زناة او بكلمات لان يقول يا فلان انت زان و فلان زان حتى اذا حضر واحد منهم فادعى وحد لذلك ثم حضر آخر فادعى انه قذفه لا يقام اذا كان يقذف قبل الا سحة لان حضور بعضهم للخصومة كحضور كلهم لا يحد ثانيا الا اذا كان يقذف آخر مستانف وحكى ان ابن ابى ليلى سمع من يقول لشخص يا ابن الزانيين فحده حدين فى المسجد فبلغ ابا حنيفة فقال يا للعجب لقاضى بلدنا اخطا فى مسئلة واحدة فى خمسة مواضع الاول احده بدون طلب المقذوف والثانى انه لو خاصمه وجب حد واحد والثالث فبيان كان الواجب عنده حدين ينبغى ان يتربص بينهما يوما او اكثر حتى يخف اثر الضرب الاول والرابع ضربه فى المسجد والخامس ينبغى ان يتعرف ان والديه فى الاحياء اولا فان كان حيين فالخصومة لهما والا فالخصومة للابن ومن فروع التداخل لو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطا ثم قذف قذفا آخر لا يضرب الا ذلك السوط الواحد للتداخل اذا اجتمع الحدان لان كمال الحد الاول بالسوط الذى بقى وسنذكر منه ايضا فى فروع نختم بها وقوله غير مرة يتعلق بكل واحد من الثلاثة اى من زنا غير مرة او شرب غير مرة او قذف غير مرة فحد مرة فهو لذلك كله مما سبق منه وعند الشافعى ان قذف جماعة بكلمة فكذلك فى قول وان قذفهم بكلمات او قذف واحدا مرات بزنا آخر يجب لكل قذف حد وعندنا لا فرق ولا تفصيل بل لا تعدد كيف ما كان وبقولنا قال مالك والثورى والشعبى والنخعى والزهرى وقتادة وحماد وطاوس واحمد فى رواية وفى رواية كقول الشافعى الذى ذكرناه آنفا واحتجا بان مقتضى الآية ترتب الحكم على الوصف المشعر بالعلية فيتكرر بتكرره على ما عرف وفى الجديد للشافعى لا يتداخل ولو قذفهم بكلمة واحدة لما ذكرنا ولانه حق آدمى ولنا ما ذكر من قوله اما الاولان وهو كل من الزنا والشرب فلان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار عن فعله فى المستقبل واحتمال حصوله بالحد الواحد المقام بعد الزنا المتعدد منه والشرب المتعدد قائم فتتمكن شبهة فوت المقصود فى الثانى والحدود تدرى بالشبهات بالاجماع بخلاف ما اذا زنى فحد ثم زنى يجب حد آخر لتيقننا بعدم انزجاره بالاول والجواب عما استدل له ان الاجماع لما كان على درء الحدود بالشبهات كان مقيدا لما اقتضته الآية من التكرر عند التكرار فالتكرار الواقع بعد حد الاول بل هذا ضرورى فان بك عليه ان الخطاب بالآية متعلق فى قوله فاجلدوهم الآية ولا يتعلق بهم هذا الخطاب الا بعد الثبوت عند

وهذا خلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا تتداخل

فكان حاصل النص ايجاب الحد اذا ثبت السبب جنسه اعم من كونه بوصف الكثرة او القلة فاذا ثبت وقوعه منه كثيرا كان موجبا للحد مائة او ثمانين
ليس غير فاذا جلد ذلك وقع الامتثال ثم هو ايضا ترك مقتضى التكرار بالتكرير فيما اذا قذف فحد مرة ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا فانه لا يعاد ما ترتب في حد الزنا او الشرب
فالحق ان الاستدلال بالآية لا يخلصه فانه يلجئ الى ترك مثلها من آية حد الزنا فيعود الى انه حق آدمي بخلاف الزنا فكان المبني اثبات ثم
او حق آدمي فما ذكر المصنف اخصر واصوب وقوله واما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى فكان ملحقا بها لا حاجة الى الحاقه بل عين الدليل المذكور يجري
فيه وهو انه حد شرع حقا لله سبحانه وتعالى للمقصود والانزجار عن الاعراض فبحيث اتيم مثبت شبهة الى آخر ما ذكر وحق العبد في الخصومة
فيه دون غيره فليس غير قوله بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق ثم اخذ يعني وثبتت الاسباب عند الحاكم حيث تجب الحدود المختلفة كلها
لاختلاف المقصود من كل جنس من اسبابها فان المقصود من حد الخمر صيانة العقول ومن حد الزنا صيانة الانساب ومن حد القذف
صيانة الاعراض وتثبت كل بخطاب يخصه فلو حد حدا في الخمر والقذف حدا واحدا عطلنا لفظا من النصوص عن موجبه

فروع ثبت عليه باقراره والسرقة والشرب والقذف وفقأ عين رجل بيده بالقصاص في العين لانه محض حق العبد
ثم اذا برئ اخرجه فحده للقذف لانه مشوب بحقه فاذا برئ فالامام بالخيار ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بحد السرقة لان
كلا حق الله وهو ثابت بالنص يتلى ويجعل حد الشرب آخرا فانه اضعف لانه بما لا يتلى وتقدم قول علي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم لم يسنه وكلما اقام عليه حدا حبسه حتى يبرأ لانه لو خلى سبيله ربما يهرب فيصير الامام مضيعا للحد وهو منهي عن ذلك
وان كان محصنا اقتص منه في العين وضربه حد القذف ثم رجمه لان حد السرقة والشرب محض حق الله تعالى ومتى اجتمعت
الحدود لمحض حق الله تعالى وفيها قتل نفس قتل وترك ما سوى ذلك هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس رض والمعنى
ان المقصود الزجر له ولغيره واتم ما يكون منه باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لا يفيد الا انه يضمنه السرقة
لو اتلفها لانه وجب عليه بالاخذ وانما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد ولهذا يضمنه فيؤمر بالغائها من تركته ولا يقام حد في المسجد
ولا قود ولا تعزير ولكن القاضي اتية اراد ان يقام بحضرته يخرج من المسجد كما فعل عم في الغامدية او يبعث امينا كما فعل عم
في ماعز ولا يستحلف في القذف اذا انكره ولا في شيء من الحدود لانه لا يقضى بالنكول وهو ممتنع في الحدود ولان النكول اما
بذل او البذل لا يكون في الحدود او قائم مقام الاقرار والحد لا يقام بما هو قائم مقام غيره بخلاف
التعزير والقصاص فانه يستحلف فيهما ويستحلف في السرقة لاجل المال فان نكل ضمن المال
ولا يقطع لان حقيقة السرقة اخذ المال بقيد فيحلف على اخذ المال لا على فعل السرقة عند نكوله يقتضي بموجب الاخذ
وهو الضمان كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت الاخذ فيضمن ولا يقطع واذا اقام المقذوف بينة بالقذف
سألهما القاضي عن القذف ما هو وعن خصوص ما قال لان الرمي بغير الزنا قد يظنونه قذفا فلا بد من استفسارهم فان لم يزيدوا
على قولهم قذفه لا يحد واذا شهدوا انه قال يا زاني وهم عدول حد وان لم يعرف القاضي عدالتهم حبس القاذف حتى يزكوا
لانه صار متهما بارتكاب ما لا يحل من اعراض الناس فيحبس لهذه التهمة ولا يكفل على ما تقدم من الزنا فارجع اليه ولا يكفر

واما القذف والمراد به عند اهل الله يكون مختلفا وقال الشافعي رحمه الله يحد ... والقذف بالزنا الا اشتراط لان المعتبر فيه حق العبد عنده

في شيء من الحدود والقصاص في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول ولهذا اجبر ابو حنيفة وفي قول ابي يوسف الآخر وهو قول محمد يؤخذ منه الكفيل فلهذا لا يحبس عندهما في دعوى حد القذف والقصاص ولا خلاف انه لا تكفيل بنفس الحدود والقصاص لان النيابة لا تجري في ايفائها والمقصود من الكفالة اقامة الكفيل مقام المكفول عنه في الايفاء وهذا لا يتحقق في شيء من الحدود فاما اخذ الكفيل بنفس المدعى عليه فعند ابي حنيفة اذا زعم المقذوف ان له بينة حاضرة في المصر وكذلك لا يأخذ منه كفيلا بنفسه ولكن يلازمه الى آخر المجلس فان احضر بينته والا خلى سبيله وعند ابي يوسف ومحمد يأخذ منه كفيلا بنفسه الى ثلاثة ايام وقالا حد القذف في الدعوى والخصومة مثل حقوق العباد ففي اخذ الكفيل بنفسه نظر للمدعي من حيث يتمكن من احضار الخصم لاقامة البينة عليه ولا ضرر فيه على المدعى عليه وابو حنيفة يقول بنا احتياط والحدود ويحتاط في درئها لا اثباتها وكان ابو بكر الرازي يقول مراد ابي حنيفة ان القاضي لا يجبره على اعطاء الكفيل فاما اذا سمحت نفسه فلا بأس لان تسليم نفسه مستحق عليه والكفيل في الكفالة بالنفس انما يطالب بهذا القدر فاما ان اقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضي بالعدالة فهو كما لو لم يقم حدا لا يحبسه الا الى آخر المجلس وان كان ظاهر العدالة حبسه اذا قال لي شاهد آخر يومين او ثلاثة بهذا القدر استحسانا كله عند ابي حنيفة لانه لا يرى الكفالة بالنفس بالحد وعندهما يأخذ كفيلا بنفسه ولا يحبسه لان المقصود يحصل بذلك ولو اختلف الشهود على القذف في المكان او الزمان لا تبطل شهادتهما عند ابي حنيفة وعندهما يمنع قبول الشهادة لانه انشاء سبب موجب للحد فما لم يتفق الشاهدان على سبب واحد لا يقضي به كما لو اختلفا في اقراره بالقذف والشاهد يقول ابو حنيفة القول القذف قول قد يكرر فيكون حكم الثاني حكم الاول فلا تختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان كالطلاق والعتاق وهذا هو القياس في الانشاء والاقرار الا اني استحسن هناك لان حكم الاقرار بالقذف يخالف حكم الانشاء بدليل ان من تزوج امرأة ثم اقر انه كان قذفها قبل النكاح كان عليه الحد ولو قذفها في الحال كان عليه اللعان ولو اختلفوا في اللغة التي وقع القذف بها في العربية والفارسية وغيرها بطلت شهادتهم لان عند اختلاف اللغة يتمكن الاختلاف في العبارة ونحو كذا لو شهد احدهما انه قال يا ابن الزانية والآخر ليست لابيك ولو شهد احدهما انه قذفه يوم الخميس والآخر انه اقر انه قذفه يوم الخميس لا يحد ولا يقبل في اثبات القذف كتاب القاضي ولا الشهادة على الشهادة ولو كان القاذف بعد ثبوت القذف عند القاضي عنده بينة بصدق قوله اجل مقدار قيام القاضي من مجلسه من غير ان يطلق عنه ويقال له ابعث الى شهودك وذكر ابن رستم عن محمد اذا لم يكن له من يأتي بهم اطلق عنه ويبعث معه بواحد من شرطه ليرده عليه وفي ظاهر الرواية لم يفسر الى هذا لان سبب وجوب الحد ظهر عند القاضي فلا يكون له ان يؤخر الحد لما فيه من الضرر على المقذوف بتأخير دفع العار عنه والى آخر المجلس قليل لا يتضرر كالتأخير الى ان يحضر الجلاد وعن ابي يوسف يستأنيه الى المجلس الثاني لان القذف موجب للحد بشرط عجزه عن اقامة اربعة والعجز لا يتحقق الا بالامهال كالمدعى عليه اذا ادعى طعنا في الشهود يمهل الى المجلس الثاني وجوابه ما قلنا وعرفت انه لا يقبل منه الا اربعة فلو جاء بثلاثة حد هو والثلاثة قال تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين فان شهد رجلان او رجل وامرأتان على اقراره بالزنا درئ عن القاذف الحد وعن الثلاثة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فكأنا سمعنا اقراره بالزنا ثم الا انه معتبر في الاقرار اسقاط الحد لا اقامته لان ذلك لا يمكن ولو كثرت الشهود وورثة المقذوف قبل ان يقام الحد على القاذف او

فصل في التعزير

وطی وطئا حراما مع ما ذکرنا الا ارتد سقط الحد عن القاذف ولو اسلم بعد ذلک لان احصان المقذوف شرط فلا بد من وجوده عند اقامة الحد وکذا اذا خرس او عتہ ولکن لا لزوال احصانہ بل لتمکن شبهة انہ لو کان ناطقا لصدقہ ولا یلقن القاضی الشهود ما تتم بہ شہادتہم فی الحدود جنس آخر تقدم ان قولہ انت ازنی من فلان او ازنی الناس لا حد علیہ وهو من المبسوط وفی فتاوی قاضی خان قال انت ازنی الناس او ازنی من فلان علیہ الحد ولو قال انت ازنی منی لا حد علیہ ولو قال لها یا زانیة فقالت انت ازنی منی حد الرجل وحدها ولو قال لامرأتہ ما رأیت زانیة خیرا منک لا حد علیہ وکذا لو قال لامرأتہ وطئک فلان وطیا حراما او فجر بک او جامعک حراما لا حد علیہ وکذا اذا قال اخبرت انک زان او اشهدت علی ذلک ولو قال زنیت وفلان معک یکون قاذفا لهما لان العادة ان لا معیة حالة الزنا فانصرف الی معیة الفعل دون الحضور ومن قال لست لابیک لا یکون قاذفا وهو ظاهر ستة لا انسان لست لرجل لیس قد فارجل قذف ولدہ او ولد ولدہ لا حد علیہ ولو قذف اباہ او امہ او اخاہ او عمہ حد قال لرجل قل لفلان یا زانی فان قال الرسول للمرسل الیہ فلان یقول لک یا زانی لا حد علی الرسول ولا علی المرسل وان قال لہ یا زانی حد الرسول خاصة ولو قذف میتة فصدقہ ابنها لیس لہ ان یطالب القذف بعد ذلک ولو قال یا ابن الحجام او یا ابن الحائک لا حد ولو قال لرجل یا ابنی لا حد علیہ لانہ تلطف وکذا یا ابن النصرانی او یا ابن الیهودی وفی الخلاصة عن مجموع النوازل رجل قال فی بیت لم یشرب الخمر ولم یزن فقال آخر ہمہ کردہ است لم یحد لانہ لیس باشارة الی ہذہ الافعال ولو قال این ہمہ کردہ است فکذلک لانہ لم یسمہ ولم یکنہ ولو قال وی این ہمہ کردہ است یکون قذفا ومعنی الاول فعل الکل ومعنی الثانی فعل ہذہ کلها ومعنی الثالث ہو فعل ہذہ کلها وفی الفتاوی قال لرجلین احدکما زان فقیل لہ ہذا ہو الاحد بها فقال لا حد علیہ لان اصل القذف لم یقع موجبا ولو قال لجماعة کلکم زان الا واحد یجب علیہ الحد لان القذف فیہ موجب للحد فکان لکل واحد ان یدعی ما لم یعین المستثنی من فروع تداخل حد القذف ما ذکرہ الصدر فی التجنیس عبد قذف حرا فاعتق فقذف آخر فاجتمعا ضرب ثمانین ولو جاء الاول فضرب اربعین ثم جاء الآخر تمم الثمانین لان ما لا ربعین وقع لهما فبقی الباقی اربعین ولو قذف آخر قبل ان یاتی ہذا الاول الثمانون یکون لهما جمیعا فلا یضرب ثمانین مستانفا لان ما بقی تمامہ حد الاحرار فجاز ان یدخل فیہ الاحرار ونحو ذلک ما وعدناہ ولو قال لامرأة یا روسپی یحد ولو قال یا قحبة یعزر

فصل في التعزير لما قدم الحدود المقدرة بالنصوص القاطعة ولی ذکرہ ما یشبهها التعزیر الذی ہو دونها فی المقدار والدلیل والتعزیر تادیب دون الحد واصلہ من العزر بمعنی الرد والردع وہو مشروع بالکتاب قال اللہ تعالی واضربوہن فان اطعنکم فلا تبغوا علیهن سبیلا امر بضرب الزوجات تادیبا وتهذیبا وفی الکافی قال علیہ السلام لا ترفع عصاک عن اہلک وروی انہ علیہ السلام عزر رجلا قال لغیرہ یا مخنث وفی المبسوط وفی غیرہ انہ علیہ السلام قال رحم اللہ امرأ علق سوطہ حیث یراہ اہلہ واقوی من ہذہ الاحادیث قولہ علیہ السلام لا یجلد فوق عشر الا فی حد وسیاتی وقولہ فاضربوہم علی ترکها بعشر فی الصبیان فهذا دلیل شرعیة التعزیر واجمع علیہ الصحابة والمعنی ہو ان الزجر عن الافعال السیئة کیلا تصیر ملکة فیفحش فلیستہ یجی الی ہو اقبح وافحش واجب وذکر التمرتاشی عن السرخسی انہ لیس فیہ شیء مقدر بل مفوض الی رای القاضی لان المقصود منہ الزجر واحوال الناس مختلفة فیہ فمنهم من ینزجر بالنصیحة ومنهم من یحتاج الی اللطمة والی الضرب ومنهم من یحتاج الی الحبس وفی الشافی التعزیر علی مراتب تعزیر اشراف الاشراف وہم العلویة والعلماء بالاعلام وہو ان یقول لہ القاضی بلغنی انک تفعل کذا فینزجر بہ فتعزیر الاشراف وہم الامراء والدہاقین بالاعلام والجر الی باب القاضی والخصومة فی ذلک وتعزیر الاوساط وہم السوقة بالجر والحبس وتعزیر

ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير

الاخسة بهذا كله وبالضرب وعن ابي يوسف يجوز التعزير للسلطان باخذ المال وعندهما وباقي الائمة الثلاثة لا يجوز وما في الخلاصة سمعت من ثقة ان التعزير باخذ المال ان راى القاضي ذلك او الوالي جاز ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره باخذ المال مبني على اختيار من قال بذلك من المشائخ كقول ابي يوسف وقال التمرتاشي يجوز التعزير الذي يجب حقا لله تعالى لكل احد لعلة النيابة عن الله تعالى وسئل ابو جعفر الهندواني عمن وجد رجلا مع امراته ايحل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا يقتله وان علم انه لا ينزجر الا بالقتل حل له قتله وان طاوعته المراة يحل قتلها ايضا وهذا تنصيص على ان الضرب تعزير يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وصرح في المنتقى بذلك وهذا لانه من باب ازالة المنكر باليد والشارع ولى كل احد ذلك حيث قال من راى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه الحديث بخلاف الحدود لم يثبت توليتها الا للولاة وبخلاف التعزير الذي يجب حقا للعبد بالقذف ونحوه فانه لتوقفه على الدعوى لا يقيمه الا الحاكم الا ان يحكما فيه ثم التعزير فيما شرع فيه التعزير اذا راه الامام واجب وقول مالك واحمد رحمهما الله وعند الشافعي ليس بواجب لما روي ان رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال اني رايت امراة فاصبت منها ما دون ان اطأها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اصليت معنا قال نعم فتلا عليه ان الحسنات يذهبن السيئات وقال في الانصار اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم وقال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم في الحكم الذي حكم به للزبير في سقي ارضه فلم يوافق غرضه ان كان ابن عمتك فغضب النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعزره ولنا ان ما كان منصوصا عليه من التعزير كما في وطي جارية امراته او جارية مشتركة يجب امتثال الامر فيه وما لم يكن منصوصا عليه اذا راى الامام بعد مجانبة هوى نفسه المصلحة او علم انه لا ينزجر الا به وجب لانه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد وما علم انه انزجر بدونه لا يجب وهو محمل حديث الذي ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم ما اصاب من المراة فانه لم يذكر للنبي صلى الله عليه وسلم الا وهو نادم منزجر لان ذكره له ليس الا الاستعلام بموجبه ليفعل معه واما حديث ابن الزبير فالتعزير لحق آدمي وهو النبي صلى الله عليه وسلم ويجوز تركه وفي فتاوي قاضي خان التعزير حق العبد كسائر حقوقه يجوز فيه الابراء والعفو والشهادة على الشهادة ويجري فيه اليمين يعني اذا انكر انه سبه يحلف ويقضي بالنكول ولا يخفى على احد انه ينقسم الى ما هو حق العبد وحق الله فحق العبد لا شك انه يجري فيه ما ذكر واما ما وجب منه حقا لله تعالى فقد ذكرنا آنفا انه يجب على الامام ولا يحل له تركه الا فيما علم انه انزجر الفاعل قبل ذلك ثم يجب ان يتفرع عليه انه يجوز اثباته بمدع يشهد فيكون مدعيا شاهدا اذا كان معه آخر فان قلت في فتاوي قاضي خان وغيره ان كان المدعى عليه ذا مروة وكان اول ما فعل يوعظ استحسانا فلا يعزر فان عاد وتكرر منه روي عن ابي حنيفة انه يضرب وهذا يجب ان يكون في حقوق الله تعالى فان حقوق العباد لا يتمكن للقاضي فيها من اسقاط التعزير قلت يمكن ان يكون محله ما كانت من حقوق الله تعالى ولا منافاة لانه اذا كان ذا مروة فقد حصل تعزيره بالجر الى باب القاضي والدعوى فلا يكون مسقطا لحق الله سبحانه وتعالى في التعزير وقوله ولا القذف يعني بالضرب في اول مرة فان عاد عزره صرح بالتعزير ويكون محله حق آدمي من الشتم وهو ممن تعزيره بما ذكرنا وقد روي عن محمد رحمه الله في الرجل يشتم الناس اذا كان له مروة

ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق لانه اذاه

يوعظ وان كان دون ذلك حبس وان كان سبابا ضرب وحبس يعني الذي دون ذلك والمروة عندي في الدين والصلاح **قوله** ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر بالاجماع الا على قول داود في العبد فانه يحد به وقول ابن المسيب في الذمية لتي لها ولد مسلم قال يحد به وانما عزر لانه اتى بهذا الكلام جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد على القاذف لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق ومثله يا لص او يا فاجر او يا زنديق او يا مقبوح يا ابن القحبة يا قرطبان يا من يعمل عمل قوم لوط او يا لوطي او قال انت تلعب بالصبيان يا آكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا ماوى الزواني يا ماوى اللصوص يا منافق يا يهودي عزر كذا اطلقها في فتاوى قاضي خان وذكره الناطفي وقيده بما اذا قال لرجل صالح اما لو قال لفاسق يا فاسق او للص يا لص او للفاجر يا فاجر لا شيء عليه والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا انه اذاه بما الحق به من الشين فان ذلك انما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذا اما في علم فان الشين قد الحقه هو بنفسه قبل قول القائل وقيل في يا لوطي يسأل عن نيته ان اراد انه من قوم لوط فلا شيء عليه وان اراد انه يعمل عملهم عزر على قول ابي حنيفة وعندهما يحد والصحيح انه يعزر ان كان في غضب قلت او هزل ممن تعود بالهزل بالقبيح ولو قذفه باتيان ميتة او بهيمة عزر قال المص الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى وهو ما اذا قذف غير المحصن بالزنا لانه من جنس ما يجب به الحد وهو الرمي بالزنا وفي الثانية وهو ما اذا قذفه بغير الزنا من المعاصي الرأي الى الامام **قوله** ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه لم ينسبه الى شيء معصية ولم يتعلق به شين اصلا بل انما الحق الشين بنفسه حيث كان كذبه ظاهرا ومثله يا بقر يا ثور يا حية يا تيس يا قرد يا ذيب يا حجام يا بغاء يا ولد حرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا كشخان يا ابله يا ابن الحجام وابوه ليس بحجام او يا ابن الاسود وابوه ليس كذلك يا كلب يا رستاقي يا مواجر يا موسوس لم يعزر والحق ما قاله بعض اصحابنا انه يعزر في الكشخان اذ قيل انه قريب من معنى القرطبان والديوث والمراد به والقرطبان في العرف الرجل الذي يدخل الرجال على امرأته ومثله في عرف ديار مصر والشام المعرص والقواد وعدم التعزير في الكلب والخنزير ونحوهما هو ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة واختار الهندواني انه يعزر به وهو قول الائمة الثلاثة لان هذه الالفاظ تذكر للشتيمة في عرفنا وفي فتاوى قاضي خان في يا كلب لا يعزر قال وعن الفقيه ابي جعفر انه يعزر لانه يعد شتيمة ثم قال والصحيح انه لا يعزر لانه كاذب قطعا انتهى وفي المبسوط فان العرب لا تعده شتيمة ولهذا يسمون بكلب وذيب وذكر قاضي خان عن املاء ابي يوسف في يا خنزير يا حمار يعزر ثم قال وفي رواية محمد لا يعزر وهو الصحيح والمستحسن التعزير اذا كان المخاطب من الاشراف فتحصلت ثلاثة والمذهب هو ظاهر الرواية لا يعزر مطلقا ومختار الهندواني يعزر مطلقا والمفصل بين كون المخاطب من الاشراف فيعزر قائله او لا فلا ويعزر في يا مقامر وفي قذر وقيل في يا بليد وانا اظن انه يشبه يا ابله ولم يعزر وابه **قوله** والتعزير اكثره تسع وثلثون سوطا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يبلغ به خمسة وسبعون سوطا والاصل في نقصه عن الحدود قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين ذكر البيهقي ان المحفوظ انه مرسل واخرجه عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير ورواه ابن ناجية في فوائده ثنا محمد بن حسن الاصبحي ثنا محمد بن علي المقدمي ثنا مسعر عن خالد بن الوليد بن عبد الرحمن

ما اعلى التسعين به لمتيقن بتعييره وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد سبا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا حسن والتعزير اكثره تسعة وثلثون سوطا واقله ثلث جلدات وقال ابو يوسف يبلغ التعزير خمسا وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون سوطا فنقصا منه سوطا وابو يوسف اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول زفر وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو ماثور عن علي رضي الله عنه فقلده

عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث ورواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار مرسلا فقال اخبرنا مسعر بن كدام اخبرني ابو الوليد بن عثمان عن الضحاك بن مزاحم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث والمرسل عندنا حجة موجبة للعمل وعند اكثر اهل العلم واذا لزم ان لا يبلغ به حدا وابو حنيفة ومحمد نظرا الى صراحة عموم في النكرة في النفي فصرفاه اليه فنقصاه عن حد الارقاء لان الاربعين يصدق عليها حد فلا يبلغ اليها بالنص المذكور خصوصا والمحل محل احتياط في الدرء وابو يوسف اعتبر اقل حدود الاحرار لان الاصل الحرية ثم نقص سوطا وفي رواية هشام عنه وهو قول زفر وهو القياس انه يصدق عليه قولنا ليس حدا فيكون من افراد المسكوت عن النهي عنه وفي ظاهر الرواية عنه خمسة وسبعون قيل وليس فيه معنى معقول وذكر ان سبب اختلاف الرواية عنه انه امر في تعزير رجل بتسعة وسبعين وانما امر بتسعة وسبعين وكان يعقد لكل خمسة عقدا باصابعه فعقد خمسة عشر ولم يعقد الاربعة الاخيرة لنقصانها عن الخمسة فظن الذي كان عنده انه امر بخمسة وسبعين وانما امر بتسعة وسبعين قال ويروى شاذا عن عمر يعني خمسة وسبعين وليس بصحيح ونقل عن ابي الليث قال قيل ان ابا يوسف اخذ النصف من حد الاحرار واكثره مائة والنصف من حد العبيد واكثره خمسة فتحصل خمسة وسبعون ومع صحة اعتبار هذا الاخذ وهو يفسره بعد ان اثره عن علي كما ذكر في الكتاب من انه قلد عليا فيه وكونه لا يعقل يوكده اذ الفرض انما لا يدرك بالراي يجب تقليد الصحابي فيه وانما يتم جوابه بمنع ثبوته عن علي كما قال اهل الحديث انه غريب ونقله البغوي في شرح السنة عن ابن ابي ليلى وبقولنا قال الشافعي في الحر وقال في العبد تسعة عشر لان حد العبد في الخمر عنده عشرون وعرف الاحرار اربعون وقال مالك لا حد لاكثره فيجوز للامام ان يزيد في التعزير على الحد اذا راى المصلحة في ذلك مجانبا لهوى النفس لما روي ان معن بن زائدة عمل خاتما على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به لصاحب بيت المال فاخذ منه مالا فبلغ عمر ذلك فضربه مائة وحبسه وكلم فيه فضربه مائة اخرى فكلم فيه من بعد فضربه مائة ونفاه وروى الامام احمد باسناد ان عليا اتى بالنجاشي الشاعر قد شرب خمرا في رمضان فضربه ثمانين للشرب وعشرين سوطا للفطر في رمضان ولنا الحديث المذكور ولان العقوبة على قدر الجناية فلا يجوز ان يبلغ بما هو اهون من الزنا فوق ما فرض بالزنا وحديث معن يحتمل انه كان له ذنوب كثيرة او كان ذنبه يشتمل كثرة منها التزوير واخذ مال بيت المال بغير حقه وفتح باب هذه الحيلة لغيره ومن كانت لنفسه عادية من استشرافها وحديث النجاشي ظاهر ان لا احتجاج فيه فانه نص فيه على ان ضربه العشرين فوق الثمانين لفطره في رمضان وقد نص على انه لهذا المعنى ايضا الرواية الاخرى القائلة ان عليا رضي الله عنه اتى بالنجاشي الشاعر وقد شرب الخمر في رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين وقال ضربناك العشرين لجراءتك على الله تعالى وافطارك في رمضان فان الزيادة في التعزير على الحد في هذا الحديث وعن احمد لا يزاد على عشرة اسواط وعليه حمل بعض اصحاب الشافعي مذهب الشافعي لما اشتهر عنه من قوله اذا صح الحديث فهو مذهبي فقد صح عنه عم في الصحيحين وغيرهما من حديث ابي بردة انه قال لا يجلد فوق عشرة اسواط الا في حد من حدود الله واجاب اصحابنا عنه وبعض الثقات بانه منسوخ بدليل عمل الصحابة بخلافه من غير انكار احد وكتب عمر الى ابي موسى ان لا يبلغ بنكال اكثر من عشرين سوطا ويروى ثلاثين الى الاربعين وبما ذكرنا من تقدير اكثره بتسعة وثلاثين يعرف ان ما ذكر مما تقدم من انه ليس في التعزير شيء مقدر بل مفوض الى راي الامام اي من الانواع فانه يكون بالضرب وبغيره مما تقدم ذكره الا ان تقتضي راية الضرب

ثم قدر الادنى في الكتاب ثلث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا ان ادناه على ما يراه الامام يقدر بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس وعن ابي يوسف انه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب المس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف **قال** وان رأى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز ان يكتفى به فجاز ان يضم اليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير **قال** واشد الضرب التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي الى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء **قال** ثم حد الزنا لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة ولانه اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لان سببه متيقن به ثم حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف

في خصوص الواقعة فانه لا يزيد على تسعة وثلاثين **قوله** ثم قدر الادنى في الكتاب يعني القدوري بثلاث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا ان ادناه على ما يراه الامام يقدره بقدر ما يعلم انه ينزجر به لانه يختلف باختلاف الناس ووجه مخالفة هذا الكلام لقول القدوري انه لو رأى انه ينزجر بسوط واحد اكتفى به وبه صرح في الخلاصة فقال واختيار التعزير الى القاضي من واحد الى تسعة وثلثين ومقتضى قول القدوري انه اذا وجب التعزير بنوع الضرب فرأى الامام ان هذا الرجل ينزجر بسوط واحد يكمل له ثلاثة لانه حيث وجب التعزير بالضرب فاقل ما يلزم اقله اذ ليس وراء الاقل شئ واقله ثلاثة ثم يقتضي هذا انه لو رأى انه انما ينزجر بعشرين كانت العشرون اقل ما يجب تعزيره به فلا يجوز نقصه عنه فلو رأى انه لا ينزجر باقل من تسعة وثلاثين كان على هذا اكثر التعزير فانه اقل ما يجب منه في ذلك الرجل ويبقى فائدة تقدير اكثره بتسعة وثلاثين انه لو رأى انه لا ينزجر الا باكثر من تسعة وثلاثين لا يبلغ قدر ذلك بل يضربه الاكثر فقط انعم يبدل ذلك القدر بنوع آخر وهو الحبس مثلا **قوله** وعن ابي يوسف رح انه على قدر عظم الجرم وصغره واحتمال المضروب وعدم احتماله وعنه انه يقرب كل نوع من اسباب التعزير من بابه فتقدر بالمس والقبلة للاجنبية والوطئ فيما دون الفرج من حد الزنا والرمي بغير الزنا من المعاصي من حد القذف وكذا السكر من غير الخمر من شرب الخمر قيل معناه ان يعزر في اللمس الحرام والقبلة اكثر جلدات التعزير ويعزر في قوله يا فاجر يا كافر ويا خبيث اقل جلدات التعزير لكن في فتاوى قاضي خان ان اسباب التعزير ان كانت من جنس ما يجب به حد القذف يبلغ اقصى التعزير وان كان من جنس ما لا يجب به حد القذف لا يجب به ايضا فيكون مفوضا الى راي الامام **قوله** ان راي الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل وذلك بان يرى ان اكثر الضرب في التعزير وهو تسعة وثلاثون لا ينزجر بها او هو في شك من انزجاره بها فيضم اليها الحبس لان الحبس صلح تعزيرا بانفراده حتى لو راى الامام ان لا يضربه ويحبسه ايا ما عقوبة فعل ذكره في الفتاوى وغيرها وهو قول الائمة حتى جاز ان يكتفى به وقد ورد به الشرع في الجملة وهو ما سلف من انه عم حبس رجلا في تهمة فجاز ان يقيمه اذا شك في انزجاره بدونه **قوله** ولهذا اى لان الحبس بمفرده يقع تعزيرا لم يشرع بالتهمة قبل ثبوته اى لم يشرع الحبس بتهمة ما يوجب التعزير حتى لو ادعى رجل على آخر شتيمة فاحشة او انه ضربه واقام شهودا لا يحبس قبل ان يسأل عن الشهود ويحبس في الحدود وهذا لانه اذا عدلت الشهود لم يكن اقامة الواجب حبسا فقط وكان الحبس تمام موجب ما شهدوا به فلو حبس قبله لزم اعطاء حكم السبب له قبل ثبوته بخلاف الحد لانه اذا شهدوا بما يوجبه ولم يعدلوا حبس لانه اذا ثبت سببه بالتعديل كان الواجب به سببا آخر غير الحبس فيحبس تعزيرا للتهمة **قوله** واشد الضرب التعزير لانه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف لئلا يؤدي الى فوت المقصود من الانزجار ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء بجريان التخفيف فيه من حيث العدد وذكر في المحيط ان محمدا ذكر في حدود الاصل ان التعزير يفرق على الاعضاء وذكر في الاشربة الاصل يضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسئلة روايتان بل موضع ما ذكر في الحدود اذا وجب تبليغ التعزير الى اقصى غاياته بان اصاب من الاجنبية كل محرم غير الجماع او اخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الاخراج واذا بلغ غاية التعزير فرق على الاعضاء والا فسد العضو لموالاة الضرب الشديد الكثير عليه وموضع ما في الاشربة ما اذا عزر ادنى التعزير كثلاثة ونحوها واذا احد عددا يسيرا فالاقامة في موضع واحد لا يفسده وتفريقها ايضا لا يحصل منه مقصود الانزجار فيجمع في

ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

محل هو اشد على هذا المعنى شدة الضرب قوته لا جمعه في عضو واحد كما قيل اذ صح انه لا يجمع في عضو واحد مطلقا ثم حد الزنا يلي التعزير في الشدة لانه ثابت بالكتاب وهو اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم وهو اتلاف النفس بالكلية ثم حد الشرب لانه ثابت باجماع الصحابة لكن لا ايتاء في القرآن وفي زمنه عم كان غير مقدر على ما تقدم ولان سببه متيقن فيكون شعبته لا شبهة فيها والمراد الشرب متيقن السببية على لا متيقن الثبوت لانه بالبينة او الاقرار وهما لا يوجبان اليقين فان قيل ليفيد انه شربها بمعنى ان عند ما يتيقن بلزوم الحد وان الثابت بهما كالثابت بالمعاينة قلنا كذلك القذف يثبت بالبينة والاقرار فلا يقع فرق حينئذ فيهما بخلاف القذف لان سببه باعتبار كونه قربة وبالبينة لا يتيقن بذلك لجواز صدقه فيما نسبه اليه ولانه جرى فيه التغليظ برد الشهادة فلا يغلظ مرة اخرى من حيث الوصف وهو شدة الضرب ولان الشرب يتضمن القذف كما قال علي رضي الله عنه اذا شرب هذى واذا هذى افترى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف فيزداد العدد ونظرا الى المظنة فلا يغلظ بالشدة ف اشدها التعزير واخفها حد القذف وعند احمد اشد الضرب حد الزنا ثم حد القذف ثم التعزير وقال مالك الكل سواء لان المقصود من الكل واحد ثم ذكر في المبسوط انه يجرد ويعزر في ازار واحد وفي الفتاوى قاضي خان لا يضرب في التعزير قائما عليه ثيابه ينزع الحشو والفرو ولا يمد في التعزير **قوله** ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر وهو قول مالك واحمد وقال الشافعي رحمه الله يضمن ثم في قول تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم الذي يلحقه بسبب عمله لهم عليهم وفي قول على عاقلة الامام لان اصل التعزير غير واجب عليه ولو وجب فالضرب غير متعين عليه في التعزير فيكون فعله مباحا فيتقيد بشرط السلامة ولم يسلم فيجب على عاقلته وهذا يخص التعزير ونحن نقول ان الامام مامور بالحد والتعزير عند عدم ظهور الانزجار له في التعزير لحق الله تعالى وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ لانه لا بد له من الفعل والا عوقب والسلامة خارجة عن وسعه اذ الذي في وسعه ان لا يتعرض لسبب القرب وهو بين ان يبالغ في التخفيف فلا يسقط الوجوب به عنه او يفعل ما يقع زاجرا وهو ما هو مؤلم زاجر وقد يتفق ان يموت الانسان به فلا يتصور الامر بالضرب المؤلم الزاجر مع اشتراط السلامة عليه بخلاف المباحات فانها رفع الجناية في الفعل والطلاقة وهو مخير فيه بعد ذلك غير ملزم به فصح تقييده بشرط السلامة كالمرور في الطريق والاصطياد ونحوه فيضمن اذا عزر امراته فماتت لانه مباح ومنفعته ترجع اليه كما ترجع الى المراة من وجه آخر وهو استقامتها على ما امر الله به وذكر الحاكم لا يضرب امراته على ترك الصلوة ويضرب ابنه وكذا المعلم اذا ادب الصبي فمات منه يضمن عندنا والشافعي او جامع زوجته فماتت او افضاها لا يضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف ذكره في المحيط مع انه مباح فيتقيد بشرط السلامة لانه ضمن المهر بذلك الجماع فلو وجبت الدية وجب ضمانان بمضمون واحد وهو منفعة الاولى الانسان فيما اذا قيل له يا ما يوجب التعزير ان لا يجيبه قالوا الاولى له يا خبيث الاحسن ان يكف عنه ولو رفع الى القاضي ليؤدبه يجوز ولو اجاب مع هذا فقال بل انت لا باس به واذا اساء العبد الادب حل لمولاه تاديبه وكذا الزوجة وفي الفتاوى للقاضي من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن الى ان يظهر التوبة وفيها عن ابي يوسف اذا كان يبيع الخمر ويشتريها ويترك الصلوة يحبس ويؤدب ثم يخرج والساحر اذا ادعى انه يخلق ما يفعل ان تاب تبرأ وقال ان الله تعالى خالق كل شيء قبلت توبته وان لم يتب يقتل وكذا الساحرة تقتل بردتها وان كان للمرتدة لا تقتل عند نا لكن الساحرة تقتل بالاثر وهو ما روي عن عمر انه كتب الى عماله ان اقتلوا الساحر والساحرة وفي فتاوى قاضي خان اذا كان من عمل السحر وجحد ولا يدري كيف يقول فان علم الساحر يقتل

كتاب السرقة

السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما ياتيك بيانه ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه

اذ قد ثبت ذلك منه ولا تقبل توبته وفي الفتاوى رجل يتخذ لعنة للناس ويفرق بين المرء وزوجته بتلك اللعبة فهذا مرتد ويحكم بارتداده ويقتل قال في الخلاصة هكذا ذكره القاضي مطلقا وهو محمول على ما اذا كان يعتقد ان لها اثرا انتهى وعلى هذا التقدير فلم يذكر حكم هذا الرجل وعلى هذا التقدير اعني عدم الحكم بارتداده فينبغي ان يكون حكمه ان يضرب ويحبس حتى يحدث توبة وهل تحل الكتابة بما علم ان فلانا يتعاطى من المناكير لابيه قالوا ان وقع في قلبه ان اباه يقدر ان يغير على ابنه حل له ان يكتب وان لم يقع في قلبه لا يكتب وكذا بين المرء وزوجته وبين السلطان والرعية ويعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعين على شبهة الشرب وان لم يشرب او من معه ركوة خمر او المفطر في نهار رمضان يعزر ويحبس والمسلم يبيع الخمر او ياكل الربا يعزر ويحبس وكذا المغني والمخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة وكذا المسلم اذا شتم الذمي يعزر لانه ارتكب معصية وكذا من قبل اجنبية او عانقها او مسها بشهوة والله اعلم

كتاب السرقة

لما كان المقصود من الحدود والانزجار عن اسبابها بحسب ما اشتملت عليه من المفاسد روعي من ترتيبها في التعليم ترتيب اسبابها في المفاسد فما كانت مفسدته اعظم تقدم على ما هو اخف لان تقديمه وتعلمه اهم واعظم المفاسد ما يؤدي الى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من وجه كونه قتلا معنى ويليه ما يؤدي الى فوات العقل وهو الشرب لانه كفوات النفس من حيث ان عديم العقل لا ينتفع بنفسه كعديم النفس ويليه ما يؤدي الى افساد العرض وهو القذف فانه امر خارج من الذات يؤثر فيها ويلتزق امر قبيح ويليه ما يؤدي الى اتلاف المال فانه الآخر المخلوق وقاية للنفس والعرض فكان آخرا فاخر وللسرقة تفسير لغة وهو ما ذكر في الكتاب وهي اخذ الشيء من الغير على وجه الخفية ومنه استراق السمع وهو ان يستمع مستخفيا وفي الشريعة هي هذا ايضا انما زيد على مفهومها قيود في اناطة حكم شرعي بها اذ لا شك ان اخذ اقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهي شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعي فاذا قيل للسرقة الشرعية الاخذ خفية صح كذا وكذا الاحسن بل السرقة التي علق بها الشرع وجوب القطع هي اخذ العاقل البالغ عشرة دراهم او مقدارها خفية عمن هو متصد للحفظ مما لا يتسارع اليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة وتعمم الشبهة في التاويل فلا يقطع السارق من السارق ولا احد الزوجين من الآخر او ذي الرحم الكاملة والنقل خلاف الاصل لا يصار اليه حتى يتعين بالامر له كالصلوة على ما هو المذهب المختار عند الاصوليين وما قيل هي باقية على مفهومها اللغوي والزيادات شروط غير مرضي والقطع بانها الافعال والقراءة عندنا ولو بغير الفاتحة فكيف يقال انها في الشرع للدعاء والافعال شرط قبوله والغرض انه لا يتبادر الدعاء قط هذا قياسي في السارق من السارق خلاف قوله والمعنى اللغوي يعني الخفية مراعى فيها ابتداء وانتهاء وذلك في سرقة النهار في المصر او ابتداء لا غير وهي في سرقة الليل فلهذا اذا دخل البيت ليلا خفية ثم اخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة من في يده قطع به للاكتفاء بالخفية الاولى واذا كابره في المصر نهارا واخذ ماله لا يقطع استحسانا وان كان دخل خفية والقياس كذلك من الليل لكن يقطع اذ غالب السرقات في الليل يصير مغالبة اذ قليلا ما يكتفى في الدخول والاخذ بالحالة وعليه فرع اذا كان صاحب الدار يعلم دخول اللص لا يعلم كونه فيها او يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله او كانا لا يعلمان قطع ولو علما لا يقطع ولو كانت السرقة تشمل الصغرى والكبرى والخفية المعتبرة في الصغرى هي الخفية عن غير المالك او من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمضارب والمستبضع

قال واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب عليه القطع والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر في الحقير وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي رح التقدير بربع دينار وعند مالك رح بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله عليه السلام ما كان الا في ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي رح يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله عليه السلام اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا لدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة للحد وقد تايد ذلك بقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم

والمرتهن كانت الخفية المعتبرة في الكبرى مسارقة عين الامام ومنعة المسلمين الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم وركنها نفس الاخذ المذكور واما شروطه الحكم ومنها تفصيل النصاب فيأتي في اثناء المسائل **قوله** واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع الاصل في وجوب القطع قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما لانها بالمخالفة والمخالفة فرع تعلق الخطاب **قوله** ولا بد من التقدير بالمال الخطير اختلف في انه هل يقطع بكل مقدار من المال او لا بد من مقدار معين لا يقطع في اقل منه فقال بالاول الحسن البصري وداود والخوارج وابن بنت الشافعي لاطلاق الآية ولقوله عم لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده متفق عليه ومن سوى هؤلاء من فقهاء الامصار وعلماء الاقطار على انه لا قطع الا في مال متقدر لقوله عم لا قطع الا في ربع دينار فصاعدا متفق عليه فلزم في الاول التاويل بالحبل الذي يبلغ عشرة دراهم وبالبيضة من الحديد او النسخ ولو قيل ونسخه ايضا ليس اولى من نسخ ما رويتم فلا تاريخ لقي وجه اولوية الحمل وهو مع الجمهور فان مثله في باب الحدود متعين عند التعارض ثم قد نقل اجماع الصحابة على ذلك وبه تقييد اطلاق الآية وبالعقل وهو ان الحقير مطلقا تفتر الرغبات فيه فلا يمنع اصلا كحبة قمح ونحوه مما شمله اطلاق الآية وكذا لا يخفى اخذه فلا يتحقق باخذه ركن السرقة وهو الاخذ خفية ولا حكمة الزجر ايضا لانها فيما يغلب فان ما لا يغلب لا يحتاج الى شرع الزاجر لانه لا يتعاطى فلا حاجة الى الزاجر عنه فهذا المخصص عقلي بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز بالاجماع ثم اختلف الشارطون للمقدار المعين في تعيينه فذهب اصحابنا في جماعة من التابعين الى انه عشرة دراهم وذهب الشافعي الى انه ربع دينار وذهب مالك واحمد الى انه ربع دينار او ثلاثة دراهم لما روى مالك في موطئه عن عبد الله بن ابي بكر عن ابيه عن عمرة بنت عبد الرحمن ان سارقا سرق في زمن عثمان بن عفان رض اترجة فامر بها عثمان فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثنا عشر بدينار فقطع عثمان يده قال مالك احب ما يجب فيه القطع الى ثلاثة دراهم سواء ارتفع الصرف او اتضع وذلك انه عم قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وعثمان قطع في اترجة قيمتها ثلاثة دراهم وهذا احب ما سمعته الى انتهى وكون المجن بثلاثة في حديث ابن عمر رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن قيمته ثلاثة دراهم اخرجه الشيخان وفي لفظ لهما عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق الا في ربع دينار فصاعدا غير ان الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما فالثلاثة ربعها ففي مسند احمد عن عائشة عنه عليه السلام اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو ادنى من ذلك وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم فيظهر ان المراد مما ذكر المص من قوله ان القطع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن انه ما كان الا في مقدار ثمنه لا حقيقة اللفظ وهي ان المسروق كان نفس ثمنه فقطع به اذ ليس كذلك بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وكانت قيمته ثلاثة دراهم ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا للدرء ثم عرف انه قد قيل في ثمن المجن اكثر مما ذكر واخير بذلك حديث ايمن رواه الحاكم في المستدرك عن مجاهد عن ايمن قال لم تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في ثمن المجن وثمنه يومئذ دينار وسكت عليه ونقل عن الشافعي رح انه قال لمحمد بن الحسن رض هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نقطع في ربع دينار فصاعدا فكيف قلت لا تقطع اليد الا في عشرة دراهم فصاعدا فقال قد روى شريك عن مجاهد عن ايمن بن ام ايمن اخي اسامة ابن زيد لامه فقال الشافعي اجاب ان ايمن ابن ام ايمن قتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين قبل ان يولد مجاهد قال ابن ابي حاتم في المراسيل

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع

وسالت ابي عن حديث رواه الحسن بن صالح عن منصور عن الحكم عن عطاء ومجاهد عن ايمن وكان فقيها قال تقطع يد السارق في ثمن المجن وكان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا قال ابي هو مرسل واري انه والد عبد الواحد بن ايمن وليس له صحبة وظهر بهذا القدر ان ايمن اسم للصحابي وهو ابن ام ايمن وانه استشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بحنين وهو اسم لتابعي آخر وقال ابو الحجاج المزني في كتابه ايمن الحبشي مولى بني مخزوم وروى عن سعيد وعائشة وجابر وعنه ابنه عبد الواحد وثقه ابو زرعة ثم قال ايمن مولى ابن الزبير وقيل مولى ابن ابي عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم في السرقة الى ان قال وعنه عطاء ومجاهد قال النسائي ما احسب له صحبة وقد جعلهما تابعيين اما ابن ابي حاتم وابن حبان فجعلاهما واحدا قال ابن ابي حاتم مولى ايمن الحبشي مولى ابن ابي عمر روى عن عائشة وجابر روى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد سمعت ابي يقول ذلك وسئل ابو زرعة عن ايمن والد عبد الواحد فقال مكي ثقة وقال ابن حبان في الثقات ايمن بن عبيد الحبشي مولى ابن ابي عمر المخزومي من اهل مكة روى عن عائشة وروى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد بن ايمن وكان اخا اسامة بن زيد لامه وهو الذي يقال له ايمن ابن ام ايمن مولاة النبي صلى الله عليه وسلم قال ومن زعم ان له صحبة وهم حديثه في القطع مرسل فهذا يخالف الشافعي وغيره حكى وذكر ان ايمن ابن ام ايمن قتل يوم حنين وانه صحابي حيث جعله من التابعين وكذا فعل الدارقطني في سننه ايمن لا صحبة له وهو من التابعين ولم يدرك زمان النبي صلى الله عليه وسلم ولا الخلفاء بعده وهو الذي يروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ان ثمن المجن دينار روى عنه ابنه عبد الواحد وعطاء ومجاهد والحاصل انه اختلف في ايمن راوي قيمة المجن هل هو صحابي ام تابعي ثقة فان كان صحابيا فلا اشكال وان كان تابعيا ثقة كما ذكر ابو زرعة الامام العظيم الشان وابن حبان فحديثه مرسل والارسال ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء قادحا بل هو حجة فوجب اعتباره وح فقد اختلف في تقويم المجن اهو ثلاثة او عشرة فيجب الاخذ بالاكثر هنا لايجاب الشرع الدرء ما امكن في الحدود ثم يقوى ما رواه النسائي ايضا بسنده عن ابن اسحق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم واخرجه الدارقطني ايضا واخرجه هو واحمد في مسنده عن الحجاج بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وكذا اسحق ابن راهويه وروى ابن ابي شيبة في مصنفه في كتاب اللقطة عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما بلغ ثمن المجن قطعت يمينه وكان ثمن المجن خمسة دراهم قال المص ويؤيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في ربع دينار او عشرة دراهم وهذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق ومن طريقه الطبراني في معجمه واشار اليه الترمذي في كتابه الجامع فقال وقد روي عن ابن مسعود انه قال لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود والقاسم بن عبد الرحمن لم يسمع من ابن مسعود انتهى وهو صحيح لان اكثر ما رووه الا عن القاسم لكن في مسند ابي حنيفة من رواية ابي مقاتل عن ابي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابيه عن عبد الله بن مسعود قال كان تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في عشرة دراهم وهذا موصول في رواية خلف بن ياسين عن ابي حنيفة انما كان القطع في عشرة دراهم واخرجه ابن خسرو من حديث محمد بن الحسن عن ابي حنيفة يرفعه لا تقطع اليد في اقل من عشرة دراهم فهذا موصول مرفوع ولو كان موقوفا لكان له حكم الرفع لان المقدرات الشرعية لا دخل للعقل فيها فالموقوف فيها محمول على الرفع **قوله واسم الدراهم** يعني في الحديث وهو قوله

والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه المتعارف في عامة البلاد قوله او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى ان غير الدراهم يعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال والعبد والحر في القطع سواء لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس

او عشرة دراهم تنطلق على المضروبة عرفا فاذا اطلق بلا قيد فهو وجه اشتراط كونها مضروبة في القطع كما ذكر في القدوري وهو ظاهر الرواية وهو الاصح للظاهر من الحديث ورعاية لكمال الجناية لانها شرط العقوبة وشروط العقوبات يراعى وجودها على وجه الكمال ولهذا اشترطنا الجودة حتى لو كانت زيوفا لا تقطع بها ولو تجوز بها لان نقصان الوصف كنقصان الذات وعن ابي يوسف يقطع بها اذا كانت رائجة حتى لو سرق عشرة تبرا اي فضة غير مضروبة قيمتها اقل من عشرة مسكوكة لا يجب القطع على ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يقطع للاطلاق المذكور وانت تعلم ان المطلق يتقيد بالعرف والعادة قوله والمعتبر وزن سبعة يعني المعتبر في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها ما يكون وزن عشرة وزن سبعة مثاقيل كما في الزكوة وتقدم تحقيقها في الزكوة ومعه انه ينبغي ان يراعى اقل ما كان من الدراهم على ما قالوا واما هنا فمقتضى ما ذكروه من ان الدراهم كانت في زمنه صلى الله عليه وسلم ثلاثة اصناف صنف وزن خمسة وصنف وزن ستة وصنف وزن عشرة ان يعتبر في القطع وزن عشرة هذا مقتضى الاسلم في ترجيح تقدير المجن بعشرة بانه اوجب للدرء ما كان او يكاد او لا يقال هذا احداث قول ثالث لانا نقول لا نسلم فانه انما يكون ذلك اذا تحققنا ان كل من قدر نصاب القطع بعشرة قدر العشرة بوزن سبعة وهو ممنوع فان ممن لم تقديره بعشرة سفيان الثوري وعطاء ولم ينقل تقديرها بوزن سبعة ولا تحقق لزوم القول الثالث ثم هذا البحث الزام على قولهم ان وزن سبعة لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما ان قيل كالشافعية انما كانت كذلك في زمنه صلى الله عليه وسلم فلا قوله وقوله اي قول القدوري او ما تبلغ قيمته عشرة اشارة الى ان غير الدراهم يعتبر قيمته بالدراهم وان كان ذهبا حتى لو سرق دينارا قيمته اقل من عشرة لا يقطع ذكره في المحيط قال والمراد من الدينار المذكور انه يقطع به في الحديث ما يكون متقوما به لا قيمة الوقت اي يكون دينارا قيمته عشرة دراهم فضة جيادا بوزن سبعة مثاقيل او اكثر سواء كان في الوقت كذلك اولا فلا اعتبار للوقت لانه يزيد وينقص فيه السعر ولا بد من كون قيمة غير النقدين عشرة يوم السرقة ووقت القطع حتى لو نقص القيمة وقت القطع عن عشرة لم يقطع الا ان كان النقص بسبب عيب دخله او فوات لبعض العين فعلى هذا اذا سرق في بلد قيمته فيها عشرة فاخذ في اخرى وقيمتها فيها اقل لا يقطع وفي قول الطحاوي يعتبر وقت الاخراج من الحرز فقط ولو سرق اقل من وزن عشرة فضة تساوي عشرة مسكوكة لا يقطع لانه يخالف النص في محل النص وهو قوله لا قطع الا في ربع دينار او عشرة دراهم في محل النص وهو ان يسرق وزن عشرة ولا بد من ثبوت دلالة القصد الى النصاب المأخوذ وعليه ذكر في التجنيس من علامة النوازل سرق ثوبا قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع وذكر في علامة فتاوى سمرقند اذا سرق ثوبا لا يساوي عشرة وفيه دراهم مضروبة لا يقطع وقال وهذا اذا لم يكن الثوب وعاء للدراهم عادة فان كان يقطع لان القصد فيه يقع على سرقة الدراهم الا ترى انه لو سرق كيسا فيه دراهم كثيرة يقطع وان كان الكيس لا يساوي درهما ولا بد ان يكون المسروق منه يدا صحيحة حتى لو سرق عشرة وديعة عند رجل ولو لعشرة رجال يقطع بخلاف السارق من السارق على الخلاف ان يخرجه ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا في الحرز وخرج لا يقطع ولا ينتظر ان يتغوطه بل يضمن مثله لانه استهلكه وهو سبب للضمان للحال ان يخرج النصاب بمرة واحدة فلو اخرج بعضه ثم دخل واخرج باقيه لا يقطع قوله والحر والعبد في القطع سواء لان النص لم يفصل بين حر وعبد ولا يمكن التنصيف فيتكامل

ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يقطع الا بالاقرار مرتين ويروى عنه انهما في مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فتعتبر بالاخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا ولهما ان السرقة قد ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع

وهذا لان الجناية موجبة للعقوبة صيانة لاموال الناس والرق منصف فما امكن فيه التنصيف تنصف ما عليه بتحصيل موجب العقوبة وما لا كمل من ضرورة والاعدام السبب في حقه بخلاف الزنا فان له حدين الجلد والرجم فانتظم النص الحر والمرقوق في الجلد فحد على نصف حد الاحرار بقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ثم شرع الحد الاخر وهو الرجم على الاحرار ابتداء بحيث لم يتناول الارقاء **قوله** ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد ومالك والشافعي واكثر علماء الامة وقال ابو يوسف لا يقطع الا باقراره مرتين وهو قول احمد وابن ابي ليلى وزفر وابن شبرمة ويروى عن ابي يوسف اشتراط كون الاقرارين في مجلسين استدلوا بالمنقول والمعنى اما المنقول فما روى ابو داود عن ابي امية المخزومي انه عليه السلام اتي بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت قال بلى يا رسول الله فاعاد عليه مرتين او ثلاثا فامر به فقطع فلم يقطعه الا بعد تكرر اقراره واسند الطحاوي الى علي رضي الله عنه ان رجلا اقر عنده بسرقة مرتين فقال قد شهدت على نفسك شهادتين فامر به فقطع فعلقها في عنقه واما المعنى فالحاق الاقرار بها بالشهادة عليها في العدد فيقال حد فيعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهود ونظيره الحاق الاقرار في حد الزنا بعدد الشهادة فيه ولابي حنيفة ما اسند الطحاوي الى ابي هريرة في هذا الحديث قالوا يا رسول الله ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به قال فذهب به فقطع ثم حسم ثم اتي به فقال تب الى الله عز وجل فقال تبت الى الله عز وجل فقال تاب الله عليك فقد قطعه باقراره مرة واما المعنى فمعارض بحد القذف والقصاص وهو ان لم يكن معنى مقصودا من حيث انه عقوبة يكفي الظهور الموجب فيكتفى به كالقصاص وحد القذف واما قياسه على الشهادة فنمنع الفارق لان اعتبار العدد في الشهادة انما هو لتقليل التهمة ولا تهمة في الاقرار اذ لا يتهم الانسان في حق نفسه بما يضره ضررا بالغا على ان الاقرار الاول ان صادقا فالثاني لا يفيد شيئا اذ لا يزداد صدقا وان كاذبا فبالثاني لا يصير صادقا فلا فائدة في تكراره فان قيل فائدته رفع احتمال كونه يرجع عنه اجاب بقوله وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار فله ان يرجع بعد التكرار فيقبل في الحدود ولا يصح في المال رجوعه بوجه لان صاحب المال يكذبه فلا يقبل رجوعه عنه واما النظير المذكور اعني اشتراط كون الاقرار بالزنا متعددا كما في الشهادة به فلا نسلم ان ذلك بطريق القياس كيف واصله اعني الشهادة وهي علة العيون حكمه وهو الزيادة في العدد معدول عن القياس فالواقع ان كلا من تعدد الشهادة وتعدد الاقرار في الزنا ثبت بالنص ابتداء لا بالقياس والله سبحانه اعلم **فروع** في عيون المسائل قال سرقت من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في العشرة دنانير ويضمن المائة هذا ان ادعى المقر له المالين وهو قول ابي حنيفة لانه رجع عن الاقرار بسرقة مائة واقر بعشرة دنانير فيصح رجوعه عن الاقرار بالسرقة الاولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الاقرار بالسرقة الثانية في حق القطع وينتفي الضمان بخلاف ما اذا قال سرقت مائة بل مائتين فانه يقطع ولا يضمن شيئا لو ادعى المقر له المائتين لانه اقر بسرقة مائتين ووجب القطع فانتفى الضمان والمائة الاولى لا يدعيها المقر له بخلاف الاولى ولو قال سرقت مائتين بل مائة لم يقطع ويضمن المائتين لانه اقر بسرقة مائتين ورجع عنها فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الاقرار بالمائة اذ لا يدعيها المسروق منه ولو انه صدقه في الرجوع الى المائة لا ضمان وفي علامة العيون قال انا سارق هذا الثوب يعني بالاضافة قطع ولو نون القاف لا قطع لانه على الاستقبال

قال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي أن يسألهما الإمام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة قال وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وإن أصابه أقل لا يقطع لأن الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ولا يقطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة

والاول على الحال **قوله** ويجب بشهادة شاهدين كما في سائر الحقوق وهذا باجماع الامة **قوله** وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة اي كيف سرق لاحتمال كونه سرق على كيفية لا يقطع معها كان نقب الجدار وادخل يده فاخرج المتاع فانه لا قطع على ظاهر الرواية او اخرج بعض النصاب ثم عاد واخرج البعض الاخر او ناول رفيقا له على الباب فاخرجه ويسألهما عن ماهيتها فانها تطلق على استراق السمع والنقص من اركان الصلوة وعن زمانها لاحتمال التقادم وعند التقادم اذا شهدوا لا يقبل ولا يقطع على ما مر وتقدم ايضا او رويت ان التقادم ينبغي ان لا يمنع قبول الشهادة على القطع لان الشاهد لا يتهم في تاخيره لتوقفه على الدعوى وتقدم جوابه للمصنف وقاضيخان ويسألهما عن المكان لاحتمال انه سرق من دار الحرب من مسلم وهذا بخلاف ما لو كان ثبوت السرقة بالاقرار حيث لا يسأل القاضي المقر عن الزمان لان التقادم لا يبطل الاقرار ولا يسأل المقر عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره اتفاقا في الكافي وعن المسروق اذ السرقة لكل مال لا يوجب القطع كما في الثمر والكثر وعن قدره لاحتمال كونه دون نصاب وعن المسروق منه لان السرقة من بعض الناس لا توجب القطع كذي الرحم المحرم ومن الزوج وقال في المبسوط لم يذكر محمد السؤال عن المسروق منه لانه حاضر يخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة الى السؤال عنه وانت تعلم ان شهادتهم بانه سرق من هذا الحاضر وخصومة الحاضر لا تستلزم بيان النسبة من السارق ولا الدعوى تستلزم ان يقول سرق مالي وانا مولاه او ولده وانما يسأل عن هذه الامور احتياطا للدرء واذا بينوا ذلك على وجه لا يسقط الحد فان كان القاضي عرف الشهود بالعدالة قطعه وان لم يكن يعرف حالهم حبس المشهود عليه حتى يعدلوا لانه صار متهما بالسرقة والتوثق بالتكفيل ممتنع لانه لا كفالة في الحدود وهنا نظر وهو ان اعطاء الكفيل بنفسه جائز على قول ابي يوسف يجوز ولم يقع التفصيل في هذا الحكم اعني حبسه عند اقامة البينة حتى يزكوا ومقتضى ما ذكر من انه يحبس تهمة ما يوجب الحد لا التعزير بسبب انه صار متهما بالفساد انه لو صح التكفيل ينبغي ان لا يعدل عن حبسه بسبب ما لزمه من التهمة بالفساد في الارض وكذا ذكر في النوادر من تهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في الحبس الى ان يظهر التوبة بخلاف بايع الخمر والمشتري وتارك الصلوة فانه يحبس ويؤدب ثم يخرج وفي التجنيس من علامة النوازل لص معروف بالسرقة وجده رجل يذهب في حاجة غير مشغول بالسرقة ليس له ان يقتله وله ان ياخذه وللامام ان يحبسه حتى يتوب لان الحبس زجر التوبة مشروع واذا عدل الشاهدان والمسروق منه غائب لم يقطعه الا بحضرته وان كان حاضرا والشاهدان غائبان لم يقطع ايضا حتى يحضرا وكذلك في الموت وهذا في كل الحدود سوى الرجم وفي القصاص ان لم يحضرا استحسانا كذا في كافي الحاكم

قوله واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع ومعلوم تقييده قطعهم بما اذا لم يكن منهم احد ذو رحم محرم من المسروق منه ولا صبي وعند مالك يقطعون وان لم يصب احدهم نصاب بعد كون تمام المسروق ثلاثة دراهم لدخولهم تحت النص فانما القطع لكل سارق السرقة نصابا ولم يوجد فلا يجب الحد عليه وجد من كل منهم جناية السرقة وذلك لا يوجب القطع بمجرده بل حتى يكون سرقة نصابا

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع ما يقطع فيه المسروق وهو متعلق السرقة اذ هو محلها فهو ثان بالنسبة الى نفس الفعل فلذا اخره عن بيان السرقة وما يتصل بها **قوله** لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام اي اذا سرق من حرز ما ثبت فيه بعد ان اخذ واحرز وصار مملوكا التافه وهو الحقير الخسيس من باب ليس كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير

والأصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه أي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الأصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما يوجد أخذه على كره من المالك فلا حاجة إلى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع في سرقة ما دون النصاب ولأن الحرز فيها ناقص ألا ترى أن الخشب يلقى على الأبواب وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للإحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولإطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي والحجة عليه ما ذكرنا

والصيد بريا أو بحريا والزرنيخ والمغرة وهو بفتح الغين الطين الأحمر ويجوز إسكانها والنورة **قوله** والأصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها رواه ابن أبي شيبة في مصنفه بسنده ثنا عبد الرحمن بن سليمان عن هشام بن عروة عن عائشة قالت لم يكن السارق يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه زاد في سنده ولم يقطع في أدنى من ثمن مجنة أو ترس ورواه مرسلا أيضا ثنا وكيع عن هشام ابن عروة عن أبيه وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا ابن جريج عن هشام به وكذا إسحق بن راهويه أخبرنا عيسى بن يونس عن هشام ورواه ابن عدي في الكامل مسندا أخرجه عن عبد الله بن قبيصة الفزاري عن هشام بن عروة عن عائشة رضي الله عنها ولم يقل في عهد إلى آخره هذا شيئا إلا أنه قال لم يتابع عليه ولم أر للمتقدمين فيه كلاما فذكرته لأبين أن في روايته نظرا ولا يخفى عن هذه المرسلات كلها حجة وقد تقدم وصلها من حديث ابن أبي شيبة ومتابعة عبد الرحمن بن سليمان وإذا عرف هذا فقال المصنف ما يوجد جنسه مباحا في الأصل بصورته أي الأصلية بأن لم تحدث فيه صنعة متقومة غير مرغوب فيه حقير فيكون متناول النص فلا يقطع بالحديث المذكور والكتاب مخصوص بقاطع فجاز مطلقا ثم قوله بصورته ليخرج الأبواب والأواني من الخشب وغير مرغوب فيه ليخرج نحو المعادن من الذهب والصفر واليواقيت واللؤلؤ ونحوها من الأحجار لكونها مرغوبا فيها فيقطع في كل ذلك وعلى هذا نظر بعضهم في الزرنيخ فقال ينبغي أن يقطع به لأنه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الأموال بخلاف الخشب لأنه إنما يدخل الدور للعمارة فكان إحرازه ناقصا بخلاف الساج والآبنوس واختلف في الوسمة والحناء والوجه القطع لأنه جرت العادة بإحرازه في الدكاكين وقوله تقل الرغبات فيه يعني فلا تتوفر الدواعي على استحصاله وعلى المعالجة في التوصل إليه ولا يضن به الطباع إذا أحرز حتى إنه قلما يوجد أخذه على كره من المالك لا ينسب إلى الجناية بناء على أن الكلفة بها تقعد من الخساسة وما هو كذلك لا يحتاج إلى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب قال المصنف ولأن الحرز فيها ناقص فإن الخشب بصورته الأولى يلقى على الأبواب وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للإحراز قال والطير يطير يعني من شأنه ذلك وبذلك تقل الرغبات فيه والوجه أن قوله والطير يطير من بيان نقصان الحرز إلا أن هذا الوجه قاصر عن جميع صور الدعوى وكذا الشركة العامة التي كانت فيه أي في الصيد قبل الإحراز بقوله عم الصيد لمن أخذه وهو حال كونه على تلك الصفة أي الإباحة تورث الشركة العامة شبهة فيه بعد الإحراز فيمنع القطع والوجه أن يحمل على أن الشبهة العامة الثابتة في الكل بالإباحة لأصلها ثابتة بالإجماع وأما قوله الناس شركاء في ثلاث فما يتناول الخشب والقصب بلفظ الكلأ ففيه قصور أيضا قال ويدخل في السمك المالح والطري وصوابه السمك المليح أو المملوح وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا يعني قوله والطير يطير فيقل إحرازه عنه وأما قوله ولإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في الطير فحديث لا يعرف رفعه بل رواه عبد الرزاق بسند فيه جابر الجعفي عن عبد الله بن يسار قال أتي عمر بن عبد العزيز في رجل سرق دجاجة فأراد أن يقطعه فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان لا قطع في الطير ورواه ابن أبي شيبة عن عبد الرحمن بن مهدي عن زهير بن محمد عن يزيد بن خصيفة قال أتي عمر بن عبد العزيز برجل قد سرق طيرا فاستفتى في ذلك السائب بن يزيد فقال ما رأيت أحدا قطع في الطير وما عليه في ذلك قطع فتركه عمر فإن كان هذا مما لا مجال للرأي فيه فحكمه حكم السماع وإلا فتقليد الصحابي عندنا واجب لما عرف **قوله** وعن أبي يوسف أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين وروي عنه إلا في الماء والتراب والطين والجص والمعازف والنبيذ لأن ما سوى هذه يتمول

قال ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقال عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله أعلم ما يتسارع إليه الفساد كالمهيأ للأكل منه وما في معناه كاللحم والتمر لأنه يقطع في الحنطة والسكر إجماعا وقال الشافعي رح يقطع فيهما لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر فإذا آواه الجرين أو الجران قطع قلنا أخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الإحراز

محرزة فصارت لغيرها والإباحة الأصلية زالت وزال أثرها بالإحراز بعد التمليك هو قول الشافعي رح والحجة عليه ما ذكرنا من حديث عائشة وثبوت الشبهة قوله ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والخبز أيضا ذكره في الإيضاح وشرح الطحاوي ولا فرق في عدم القطع بالجميع بين كونه مملوحا قديدا أو غيره والفواكه الرطبة وعن أبي يوسف رح يقطع بها وبه قال الشافعي لما عنه عم من رواية أبي داود والنسائي وابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو أنه عم سئل عن التمر المعلق فقال من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع أخرجه أبو داود عن ابن عجلان وعن الوليد بن كثير وعن عبيد الله بن الأخنس وعن محمد بن إسحق أربعتهم عن عمرو بن شعيب به وأخرجه النسائي أيضا من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحارث وهشام بن سعد عن عمرو بن شعيب به وفي رواية أن رجلا من مزينة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحريسة التي تؤخذ من مراتعها فقال فيها ثمنها مرتين وضرب نكال وما أخذ من عطنه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن قالوا يا رسول الله فالثمار وما أخذ منها في أكمامها فقال من أخذ بفيه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب نكال وما أخذ من أجرانه ففيه القطع رواه أحمد والنسائي وفي لفظ للنسائي في التمر المعلق فقال ليس في شيء من الثمر المعلق قطع إلا ما أواه الجرين فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال ورواه الحاكم بهذا المتن وقال قال إمامنا إسحق بن راهويه إذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كأيوب عن نافع عن ابن عمر ورواه ابن أبي شيبة موقوفا على عبد الله بن عمرو قال ليس في شيء من الثمار قطع حتى يأويه الجرين وأخرجه عن ابن عمر مثله أجاب بأنه أخرج على وفق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع لكن في المغرب من قوله الجرين الموضع وهو الموضع يبقى فيه الرطب ليجف وجمعه جرن فيقتضي أن يكون فيه الرطب في زمان وهو أول وضعه واليابس وهو الكائن في آخره

ولا يقطع في الاشربة المطربة لان السارق يتاول في تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها احتلاف فيتحقق شبهة عدم المالية قال ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي رح يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف رح مثله وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فيعتبر بانفرادها ووجه الظاهر ان الاخذ يتاول في اخذه القراءة والنظر فيه ولانه لامالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب

وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فلا يتبع حنه وم ذلك فنيه ولانه التنعت او النبخ فينفرد هذا الحديث عن المعارض فبطل قول من قال بتقييد حديث التمر والكثر بهذا التفصيل يعني تفصيل الحديث المذكور من ان ما كان من اعلى النخل فلا قطع عليه او بخرجه ففيه ضعف قيمته وجلدات نكال او يأخذه من بيدره فيقطع والكثر الجمار وقيل هو الكودي وهو صغار النخل وجزم في المغرب انه خطاء واما الحديث الثاني فاخرجه ابو داود في المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصري ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اني لا اقطع في الطعام وذكره عبد الحق ولم يعله بغير الارسال وانت تعلم انه ليس بعلة عندنا فيجب العمل بموجبه وتجب اعتباره في غير محل الاجماع ولما كان الاجماع على انه يقطع في الحنطة والسكر لزم ان يحمل على ما يتسارع اليه الفساد كالمهيا للاكل منه وما في معناه كاللحم والثمار الرطبة مطلقا في الجرين وغيره هذا والقطع في الحنطة وغيرها اجماعا انما هو في غير سنة القحط اما فيها فلا سواء كان مما يتسارع اليه الفساد او لا لانه عن ضرورة ظاهرا وهي تبيح التناول وعنه عم لا قطع في مجاعة مضطر وعن عمر رض لا قطع في عام سنة

قوله ولا قطع في الاشربة المطربة اي المسكرة والطرب استخفاف العقل وما يوجب الطرب شدة حزن او سرور فيعتريه من الاول ما نرى من صياح الثكليات وضرب خدودهن وشق جيوبهن فيما لا يجدي نفعا ويسلب الحزن صبرهن ثم يوجب لبعض من العقلاء انسلابا او شدة سرور فيوجب ما هو معهود من الثمال والمسئلة بلا خلاف اما عند الائمة الثلاثة فانها كالخمر عندهم وعندنا ان كان الشراب حلوا فهو مما يتسارع اليه الفساد وان كان مرا فان كان خمرا فلا قيمة لها وان كان غيرها فللعلماء في تقومها اختلاف فلم يكن في معنى ما ورد به النص من المال المتقوم فلا يلحق به في موضع وجوب الدرء بالشبهة لان السارق يحمل حاله على انه يتاول فيها الاراقة فيثبت شبهة الاباحة بازالة المنكر وفي الاصل يقطع بالخل ونقل الناطفي من كتاب البحر وقال ابو حنيفة لا قطع في الخل لانه قد صار خمرا مرة وفي نوادر ابي سليمان برواية علي بن الجعد لا قطع في الرب والجلاب قوله ولا في الطنبور ونحوه من آلة الملاهي بلا خلاف ايضا لعدم تقومها حتى لا يضمن متلفها وعن ابي حنيفة رح ان ضمنها لغير اللهو الا انه يتاول اخذه للنهي عن المنكر والمعازف جمع المعزف وهي آلة اللهو قوله ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي ومالك وهو رواية عن احمد يقطع وهو رواية عن ابي يوسف فيما اذا بلغت حليته نصابا وفي رواية اخرى عنه يقطع مطلقا لانه مال محرز يباع ويشترى ولان الورق مال وبما كتب فيه ازداد به ولم ينتقص وفي رواية اخرى عن احمد ان اخذه يتاول القراءة لا زانه الاشكال لا يقطع وجه الظاهر ان الاخذ يتاول في اخذه القراءة والنظر فيه ولان المالية للتبع وهي الحلية والاوراق لا للمتبوع وهو المكتوب واحرازه لاجله والاخذ ايضا يتاول اخذه لاجله لا للتبع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب لا يقطع وكمن سرق صبيا حرا وعليه حلي كثير لا يقطع لان المقصود ليس لما قال في المبسوط الا ترى انه لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة ووجد في جيبه عشرة مصرورة ولم يعلم بها لم اقطعه وان كان يعلم بها فعليه القطع وعن ابي يوسف عليه القطع في الاحوال كلها لان سرقته تمت في نصاب كامل ولكنا نقول السارق انما قصد اخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم واذا كان عالما بالدراهم فقصده اخذ الدراهم بخلاف ما اذا لم يعلم بها فان قصده الثوب وهو لا يساوي النصاب وقد تقدم في مثله انه ان كان الثوب مما يجعل وعاء عادة للدراهم قطع والا وهنا يتردد بين العلم وعدمه فالاصل انه يعتبر ظهور قصد المسروق فان كان الظاهر قصد النصاب من المال قطع والا فعلى هذا المسئلة العلم بالمصرور وعدمه صحيح الا ان كونه يعلم او لا يعلم وهو المدار الذي نيط الحكم

ولا يقطع في أبواب المسجد الحرام لعدم الإحراز فصار كباب الدار بل أولى لأنه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لأنه يتأول من أخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لأنه ما أعد للعبادة فلا تثبت شبهة إباحة الكسر وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إن كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وإن كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلي لأن الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولأنه يتأول في أخذ الصبي إسكاته أو حمله إلى مرضعته وقال أبو يوسف رحمه الله يقطع إذا كان عليه حلي هو نصاب لأنه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا إذا سرق إناء فضة فيه نبيذ أو ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولا قطع في سرقة العبد الكبير لأنه غصب أو خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحقق السرقة بحدها إلا إذا كان يعبر عن نفسه لأنه هو والبالغ سواء في اعتبار اليد وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع وإن كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لأنه آدمي من وجه مال من وجه ولهما أنه مال مطلق لكونه منتفعا به أو بعرض أن يصير منتفعا به إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية

لا يطالع عليه ولا يثبت إلا بالإقرار وما تقدم من أنه إذا لم يقر لعلمه بما في الثوب فإنه لا يقطع حتى يكون معه لأن المقصود إليه ذلك بأن يكون كيسا فيه الدراهم فلا يقبل قوله لما تقدم لما علم **قوله** ولا قطع في أبواب المسجد لعدم الإحراز وقال الشافعي يقطع وبه قال ابن القاسم صاحب مالك لأنه محرز بإحراز مثله وكذا يقطع عندهم في باب الدار فقياسه عليه من رد المختلف والوجه ما قلنا ولا شك في أنه إما ليس محرزا أو في حرزه شبهة إذ هو بالأبواب والرتاج ومعا ينبغي الحد على أن المصنف لم يذكر ذلك في مقام نصب الخلاف ليلزمه ذلك بل أثبته لتفريعه على أصول فإن لم ينصب خلافا وإنما يعترض من لم يكن ينصب الخلاف وأما المصنف في أثناء المسئلة أنه لا قطع بسرقة متاع المسجد كحصيره وقناديله لعدم الحرز وكذا لا قطع في أستار الكعبة وهو قول مالك وأحمد والأصح من قول الشافعي لأنه لا مالك له وبهذا الوجه ينتفي القطع في باب المسجد **قوله** ولا في صليب من الذهب والفضة ولا الشطرنج ولو كان من ذهب وهو بكسر الشين بوزن قرطعب لا النرد لأنه يتأول من أخذه الكسر أي إباحة الأخذ للكسر نهيا عن المنكر فلا يجب لا ضمان ما فيه من المالية والصليب هو هيئة خطين متعارضين ويقال لكل جسم صلب وعن أبي يوسف إن كان الصليب في مصلاهم أي معابدهم لا يقطع لعدم الحرز لأنه بيت مأذون في دخوله وإن كان في بيت في حرز لا شبهة فيه يقطع لأنه مال محرز على الكمال وجوابه ما ذكرنا من تأويل الإباحة وهو قائم لأنه غير الحرز وهو المسقط **قوله** ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلي يبلغ نصابا وقيد بالحر ليخرج العبد على ما سيأتي والحلي بضم الحاء جمع حلي ما يلبس من ذهب وفضة أو جوهر وقال أبو يوسف يقطع إذا بلغ ما عليه نصابا لأنه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم فلو كان يمشي ويتكلم ويميز لا يقطع إجماعا لأنه في يد نفسه فكان أخذه خداعا ولا قطع في الخداع وحين لم يذكر الحاكم في الكافي الخلاف عن أصحابنا ومن ذكره كصاحب المختلف ذكر أنه ظاهر الرواية وروي عن أبي يوسف يقطع قيل كان ينبغي للمصنف أن يقول وعن أبي يوسف والأوجه أنه مذهب المعول عليه عنده وليس كذلك وقال مالك والحسن والشعبي يقطع بسرقة غير المميز الحر لأنه كالمال ووجه الظاهر أن الصبي إذا كان كما ذكرنا يكون هو المقصود بالأخذ دون ما عليه إلا لأخذ ما عليه وتركه وهو ليس بمال ولا قطع إلا في أخذ المال فلا يقطع وإن كان إثمه وعقابه أشد من سارق المال ففي الحديث القدسي عن رب العزة جل جلاله ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه عمله ولم يوفه أجره لكن القطع الذي هو العقوبة الدنيوية لم يثبت عليه شرعا وأما التأويل الذي ذكره من قصد تسكيته والإبلاغ إلى مرضعته فبعيد لعدم تحقق سرقته الظاهر منها خلافه وعلى هذا الخلاف إذا سرق إناء فضة فيه نبيذ أو ثريدا أو كلبا عليه قلادة فضة يقطع على رواية أبي يوسف وهو قول الأئمة الثلاثة ولأبي حنيفة ومحمد أن الإناء تابع وإذا لم يجب في المتبوع القطع لا يجب في التابع واعتبار وجوب القطع في الإناء المعاين ذهبية وإن كان فيه ما كان فإن تبعيته باعتبار ما فيه لا باعتبار القصد بالأخذ إليه بل الظاهر أن كلا منهما أصل مقصود بالأخذ بل القصد إليه أظهر منه إلى ما فيه لأنه يتوصل بماليته إلى أضعاف ما فيه والمانع من القطع إنما هو التبعية في قصد الأخذ لا باعتبار غيره ولا ظاهر لتقييده وما يوافق ما ذكرناه ما في التجنيس من علامة العيون سرق كوزا فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم يقطع وكذا إذا سرق حمارا يساوي تسعة وعليه إكاف يساوي درهما بخلاف ما لو سرق قمقمة فيها ماء يساوي عشرة لأنه سرق من جبه وهو نظير ما تقدم من المبسوط فيمن سرق ثوبا لا يساوي عشرة مصرورة عليه عشرة قال يقطع إذا علم أن عليه بالإخلاف ما إذا لم يعلم **قوله** ولا قطع في سرقة العبد الكبير يعني العبد المميز المعبر عن نفسه بالإجماع إلا إذا كان نائما أو مجنونا أو أعجميا لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة فحينئذ يقطع

ولا قطع في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكواغد
قال ولا في سرقة كلب ولا فهد لان من جنسها يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب
فاورث شبهة ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لان عندهما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة آخذها يتأول الكسر فيها ويقطع
في الساج والقنا والابنوس والصندل لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام قال و
يقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لانها من اعز الاموال وانفسها ولا توجد مباح الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت
كالذهب والفضة واذا اتخذ من الخشب اواني وابواب قطع فيها لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب
على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا يقطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع في غير المركب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته

الاستثناء ابن قدامة ولم يذكر مشائخنا بل نصوا على انه لا قطع في الآدمي الذي يعقل سواء كان نائما او مجنونا او اعمى وقالوا هو ليس بسرقة انما غصب
او خداع ولا يقطع في سرقة العبد الصغير الذي ليس بمميز ولا معبر عن نفسه بالاجماع لانه مال متقوم هكذا حكى الاجماع ابن المنذر مع ان ابا يوسف
قال استحسن ان لا اقطعه لانه مال من وجه آدمي من وجه فصار كونه آدميا شبهة في ماليته فيندرئ الحد فالدفع منهما لا بد ان يتسلط على هذه النكتة
فسوق الاستدلال لهما كما قيل ولهما ان حقيقة السرقة وهو اخذ مال معتبر خفية من حرز لا شبهة فيه مع باقي الشروط قد وجدت
فيجب القطع غير واف بالمقصود وقول المصنف ولهما انه مال مطلق لانه ينتفع به او كان يمشي ولا يعقل او يعرض ان يصير منتفعا به ان
كان بخلاف فهك احسن منه لتضمن لفظ مطلق منع ان في ماليته شبهة وانضمام معنى الآدمية اليه لا يوجبها بعد صدق
معنى المال الكامل عليه كيف وهو من اعز الاموال عند الناس وما فيه من المالية بصيرة كمال فيما ليس بمال فسارقه كسارق
درة نفيسة في ما ليس بمال ولو قال قائل بل المعنى على القلب هو سرقة ما ليس بمال فيما هو مال لم يبعد فيقتصر على منع ثبوت
الشبهة في ماليته بما قلنا قوله ولا قطع في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد
بالاخذ لانه لا يستفيد الآخذ به نفعا فكان المقصود الكواغد فيدخل في عموم ولا قطع في الدفاتر كلها الكتب المشتملة على علم الشريعة
كالفقه والحديث والتفسير وغيرها من العربية والشعر وقد اختلف في غيرها فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها وقيل بالشرعية
لان معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر والحاجة وان قلت كفت في ايراث الشبهة ومقتضى هذا انه لا يختلف في القطع بكتب السحر
والفلسفة لانه لا يقصد ما فيها لاهل الديانة فكانت سرقة صرفا ولان عدم القطع بالحاقها بالكتب الشرعية وليست اياها اذ لا
تتوقف معرفة الشرعية على ما فيها بخلاف كتب الادب والشعر ويمكن في كتب الحساب والهندسة عدم القطع وعند الائمة الثلاثة
يقطع بالكل من كتب الشرعية وغيرها لانها مال متقوم وانت سمعت ما به الدفع قوله ولا في سرقة كلب ولا فهد بالاجماع خلافا لاشهب
من بين القاسم فانه قال عدم القطع في المنهي عن اتخاذه اما في الماذون في اتخاذه ككلب الصيد والماشية فيقطع وقلنا هو مباح الاصل
وجنس لا صل هو غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة فيها قوله ولا قطع في دف ولا طبل ولا
بربط ولا مزمار وكذا جميع آلات اللهو لان عندهما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة يتأول في اخذها الكسر في دال الدف الضم والفتح فاختلف
في طبل الغزاة فقيل لا يقطع به واختاره الصدر الشهيد لانه يصلح للهو وان كان وضعه لغيره وقيل يقطع لانه مال متقوم ليس موضوعا للهو
فليس آلة لهو قوله ويقطع في الساج والقنا والابنوس وهو بفتح الباء فيما سمع والصندل والعود الرطب لان هذه ليست مباحة في دار الاسلام
وهو المعتبر واما كونها توجد مباحة في دار الحرب فليس شبهة في سقوط القطع لان سائر الاموال حتى الدنانير والدراهم مباحة في دار الحرب
ومع هذا يقطع فيها في دارنا وروى هشام عن محمد لا قطع في العاج ما لم يعمل وكذا نقل البقالي عن محمد في الابنوس والظاهر القطع
كما ذكرنا ومقتضى النظر عدم القطع في العاج لما قيل من نجاسة عين الفيل فانه ينفي مالية العاج فحلت الشبهة في المالية ويقطع في الفصوص النفيسة
والزبرجد لانها من اعز الاموال ولا توجد مباحة الاصل في دار الاسلام فصارت كالذهب قوله واذا اتخذ من الخشب اواني
والابواب قطع فيها لانه اي الخشب بالصنعة التحق بالاموال النفيسة ولذا تحرز بخلاف الحصر لان الصنعة لم تغلب على الجنس ليقطع ما حفظه

ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس لانه مجاهر بفعله كيف وقد قال النبي عليه السلام لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن

بها فلم يخرج بها من كونها تافها بين الناس حتى ان الحصير تبسط في غير الحرز وكذا القصب المصنوع بوارى بخلاف الخشب غلبت الصنعة فيه حتى صار
يقطع فيها اتصلت به حتى لو غلبت في الحصر ايضا قطع فيها كالحصر البغدادية والعبادانية في ديار مصر والاسكندرية هي العبادانية ويقطع عند الائمة
الثلاثة بالحصر مطلقا هذا وفي عيون المسائل سرق جلود السباع المدبوغة لا يقطع فاذا جعلت مصلى او بساطا يقطع كما قال محمد لانها اذا
جعلت ذلك خرجت من ان تكون جلود السباع لانها اخذت اسما آخر انتهى وهذا ظاهر في ان غلبة الصنعة التي تنقطع حكم الجنس بها ان
تجدد لها اسم وعلمت عدم القطع في الحصر التي ليست بنفيسة مع تجدد اسم آخر لها فليكن ذلك لنقصان حرزها حيث كان تبسط في غير الحرز او ال
شبهة التفاهة فيها كما قدمنا وانه لا يقطع في الملح لذلك ولا يقطع في الآجر والفخار لان الصنعة لم تغلب فيها على قيمتها وظاهر الرواية
في الزجاج انه لا يقطع لانه يسرع اليه الكسر فكان ناقص المالية وعن ابي حنيفة يقطع كالخشب اذا صنع منه الابواب وفي تتمة انما يقطع في الباب المتخذ
من الخشب اذا كان غير مركب على الجدار بل موضوع داخل الحرز اما المركب فلا يقطع بقلعه فصار كسرقة ثوب بسط على الجدار الى السكة وغير المركب انما يقطع
به اذا كان خفيفا لا يحمله الواحد لانه لا يرغب فيه ونظر فيه بان الثقل لا ينافي المالية ولا ينقصها فانما نقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة ولو صح هذا لاتبع لقطع
في فردة حمل من قماش ونحوه وهو منتف ولذا اطلق الحاكم في الكافي القطع في كتاب الجامع وفي الشامل قسم المبسوط وقد مر ان عند الائمة
الثلاثة يقطع في باب الدار لانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيه حرز حائط الدار بكونه مبنيا فيها اذا كانت في العمران وما كان حرزا لنفسه يكون حرزا لغيره
وهذا عندنا ممنوع ولو اعتبر مثله لكن اعتبار الحرز في كل شيء **قوله** ولا قطع على خائن لا خائنة وهما اسم فاعل من الخيانة وهو ان يؤتمن
على شيء بطريق العارية او الوديعة فيأخذه ويدعي ضياعه او ينكر انه كان عنده وديعة او عارية وعلله بقصور الحرز لانه قد كان في يد الخائن
وحرزه لا حرز المالك على الخلوص وذلك لان حرزه وان كان حرز المالك فانه احرزه بايداعه عنده لكنه حرزه اذن السارق في
دخوله لا منتهب لانه مجاهر بفعله لا مختف فما سرقه فلا قطع وكذا المختلس لانه المختطف للشيء من البيت وينتهب او من يد المالك وفي سنن
الاربعة من حديث جابر عنه عليه السلام قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع قال الترمذي حديث حسن صحيح وسكت عنه ابن القطان عبد الحق
في احكامه وهو تصحيح منهما وتعليل ابي داود مرجوح بذلك وباقي الائمة الثلاثة عليه القطع وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة رضي ومن العلماء
قد حكى الاجماع على هذه الجملة لكن مذهب اسحق بن راهويه ورواية عن احمد في جاحد العارية انه يقطع لما في الصحيحين من حديث عائشة ان
امراة كانت تستعير المتاع وتجحده فامر النبي صلى الله عليه وسلم بقطعها وجماهير العلماء لم يأخذوا بهذا الحديث واجابوا عن حديث عائشة بان
القطع كان لسرقة صدرت منها بعد ان كانت ايضا معروفة مشهورة بجحد العارية فعرفتها عائشة بوصفها المشهور فالمعنى امراة كان وصفها جحد العارية
سرقت فامر بقطعها بدليل ان في قصتها ان اسامة بن زيد تشفع فيها الحديث الى ان قال فقام عليه الصلاة والسلام خطيبا فقال انما اهلك من كان قبلكم انهم
كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه وهذا بناء على انها حادثة واحدة لامراة واحدة لان الاصل عدم التعدد وللجمع
بين الحديثين خصوصا وقد تلقت الامة الحديث الآخر بالقبول والعمل به فلو فرض انها لم تسرق على ما اخرجه ابو داود عن الليث حدثني يونس
عن ابن شهاب قال كان عروة يحدث ان عائشة قالت استعارت امراة مني حليا على السنة اناس يعرفون لا تعرف هي فباعته فاخذت
فاتي بها النبي صلى الله عليه وسلم فامر بقطع يدها وهي التي شفع فيها اسامة بن زيد وقال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال كان حديث جابر

ولا قطع على النباش وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعي رحمه الله عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولأنه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة أهل المدينة ولأن الشبهة تمكنت في الملك لأنه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لأن الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وإن كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح لما قلنا وكذا إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا

تقدم ما يحمل القطع بجحد العارية على النسخ ولذا حمل على أنها وافقت ذلك قوم قطع امرأة بجحد المتاع وأخرى بالسرقة يحمل على نسخ القطع بالعارية بما قلنا في سنن ابن ماجه ثنا أبو بكر بن أبي شيبة ثنا عبد الله بن نمير ثنا محمد بن إسحق عن محمد بن طلحة بن ركانة عن أمه عائشة بنت مسعود بن الأسود عن أبيها قال لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعظمنا ذلك كانت امرأة من قريش فجئنا النبي صلى الله عليه وسلم نكلمه وقلنا نحن نفديها بأربعين أوقية فقال صلى الله عليه وسلم تطهر خير لها فأتينا أسامة بن زيد فقلنا له كلم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كلمه قال ما إكثاركم علي في حد من حدود الله والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها قال ابن سعد في الطبقات هذه المرأة هي فاطمة بنت الأسود بن عبد الأسود وقيل هي أم عمرو بنت سفيان بن عبد الأسد أخت عبد الله بن سفيان **قوله** ولا قطع على نباش وهو الذي يسرق أكفان الموتى بعد الدفن وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف وباقي الأئمة الثلاثة عليه القطع وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة ومن العلماء أبو ثور والحسن والشعبي والنخعي وقتادة وحماد وعمر بن عبد العزيز وقول أبي حنيفة قول ابن عباس والثوري والأوزاعي ومكحول والزهري ثم الكفن الذي يقطع به ما كان مشروعا فلا يقطع في الزائد على كفن السنة وكذا ما ترك معه من طيب أو مال ذهب وغيره لأنه تضييع وسفه فليس محرزا وفي الوجيز في الزائد على العدد الشرعي وجهان ثم الكفن للوارث عندهم فهو الخصم في القطع إن كفنه من ماله وإلا فهو الخصم لأنه لهم قوله عليه السلام من نبش قطعناه وهو حديث منكر وإنما أخرجه البيهقي وصرح بضعفه عن عمران بن يزيد بن البراء بن عازب عن أبيه عن جده وفي سنده من يجهل حاله كبشر بن حازم وغيره ومثله الحديث الذي ذكره المصنف لا قطع على المختفي قال وهو النباش بلغة أهل المدينة أي بعرفهم وأما الآثار فقال ابن المنذر روي عن ابن الزبير أنه قطع نباشا وهو ضعيف ذكره البخاري في تاريخه ثم أعله بسهيل بن ذكوان المكي قال عطاء كنا نتهمه بالكذب وبالمراء أي في الضعف أثر عن ابن عباس رواه ابن أبي شيبة وفيه مجهول قال ثنا شيخ لنفيه يحيى عن روح بن القاسم عن مطرف عن عكرمة عن ابن عباس قال ليس على النباش قطع وأما ما رواه عبد الرزاق أخبرنا إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي أخبرني عبد الله بن أبي بكر عن عبد الله بن عامر بن ربيعة أنه وجد قوما يختفون القبور باليمن على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه فكتب فيهم إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر رضي الله عنه أن اقطع أيديهم فأحسن منه بلا شك رواه ابن أبي شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن معمر عن الزهري قال أتي مروان بقوم يختفون أي ينبشون القبور فضربهم ونفاهم والصحابة متوافرون انتهى وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر به وزاد وطوف بهم وكذا أحسن منه بلا شك روى ابن أبي شيبة ثنا حفص عن أشعث عن الزهري قال أخذ نباش في زمن معاوية وكان مروان على المدينة فسأل من بحضرته من الصحابة والفقهاء فأجمع رأيهم على أن يضرب ويطاف به انتهى فهو لا شك في ترجح مذهبنا من جهة الآثار وأما من جهة المعنى فلهم ما ذكره المصنف بقوله ولأنه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه أما المالية فظاهر وأما الحرز فلأن القبر حرز للميت وثيابه تبع له فيكون حرزا لها أيضا وقد سمى النبي صلى الله عليه وسلم القبر بيتا في حديث أبي ذر حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم كيف أنت إذا أصاب الناس موت يكون البيت فيه بالوصيف يعني القبر قلت الله ورسوله أعلم وما خار الله لي ورسوله قال صلى الله عليه وسلم عليك بالصبر رواه أبو داود وعليه فقال باب قطع النباش قال ابن المنذر واستدل به أبو داود ولأنه سمى القبر بيتا والبيت حرز والسارق من الحرز يقطع ولأنه حرز مثله لأن حرز كل شيء ما يليق به فحرز الدواب بالإصطبل والدرة بالحق والصندوق والشاة بالحظيرة فلو سرق شيئا من هذه الأشياء من هذه كالدرة من الإصطبل أو من

ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد

خطيرة لا تقطع اولا ترى ان الوصي اذا كفن صبيا من مال الصبي لو ترتبه شيئا فلو لم يكن محرزا كان تضييعا موجبا للضمان فكان اخذ الكفن من القبر عين السرقة والجواب اولا منع الحرز لانه حفرة في الصحراء دون العموم في المرور به ليلا ونهارا ولا غلق عليه ولا حارس متعهد لحفظه فلم يبق الا مجرد دعوى انه حرز تسمية او حقيقية بلا معنى وهو ممنوع ولزوم التضييع لو لم يكن حرزا ممنوع بل لو لم يكن مصروفا الى حاجة الميت والصرف الى الحاجة ليس تضييعا فلهذا لا يضمن ولو سلم فلا ينزل من ان يكون في حرزيته شبهة وهي تنفي القطع ويبقى ثبوت الشبهة في كونه مملوكا وثبوت الخلل في المقصود من شرعية الحد وهو ما اقتصر عليه المصنف زيادة فكل منها يوجب الدرء اما الاول فلان الكفن غير مملوك لاحد لا للميت لانه ليس اهلا للملك ولا للوارث لانه لا يملك من التركة الا ما يفضل عن حاجة الميت ولذا لا يقطع بسرقة التركة المستغرقة انما الملك للغريم حتى كان له ان ياخذها بحقه فان صح ما قلنا من انه لا ملك فيه لاحد لم يقطع والا تحققت شبهة في مملوكيته لقولنا فلا يقطع به والقائل يقول تحقق قصور في نفس مالية الكفن وذلك لان المال ما تجري فيه الرغبة والضنة والكفن تنفر عنه كل من علم انه كفن به ميت الا نادرا من الناس واما الثاني فلان شرع الحد للانزجار والحاجة فيه لما يكثر وجوده فاما ما يندر فلا يشرع فيه لوقوعه في غير محل الحاجة لان الانزجار حاصل طبعا كما قلنا في عدم الحد بوطء البهيمة واما الاستدلال بتسميته بيتا فبعد ان اطلاقه اما مجازا فان البيت ما يحوطه اربع حوائط وضع للبيتوتة وليس القبر كذلك على ان حقيقة البيت لا يستلزم الحرز فقد يصدق مع عدم الحرز اصلا كالمسجد ومع الحرز مع نقصان ويجوز مع الحرز التام فمجرد تسميته بيتا لا يستلزم القطع خصوصا في مقام وجوب درء ما امكن بل يجب حمله على البعض المال صدقات التي لا حد معها والله سبحانه اعلم وهذا في القبر الكائن في الصحراء بلا خلاف عندنا اما لو كان القبر في بيت مقفل فقيل يقطع به لوجود الحرز والصحيح انه على الخلاف فلا يقطع عندنا وان وجد الحرز للموانع الاخر من نقصان المالية وعدم المملوكية والمقصود من شرعه وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا من تحقق الخلل في المالية وما بعدها ولو اعتاد ذلك للامام ان يقطعه سياسة لا حدا وهو محمل ما روي لو صح قوله ولا يقطع السارق من بيت المال وبه قال الشافعي واحمد والنخعي والشعبي وقال مالك يقطع وهو قول حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب ولانه مال محرز ولا حق له فيه قبل الحاجة ولنا انه مال العامة وهو منهم وعن عمر رضي الله عنه وعن ابن مسعود فيمن سرق من بيت المال قال ارسله فما من احد الا وله في هذا المال حق ولا يقطع من مال للسارق فيه شركة بان سرق احد الشريكين من حرز الآخر مالا مشتركا بينهما لما قلنا من ان للسارق فيه حقا قوله ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل في عدم القطع سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة والقياس ان يقطع لانه لا يباح له اخذه قبل الاجل وجه الاستحسان ان ثبوت الحق وان تاخرت المطالبة تصير شبهة دارئة وان كان لا يلزمه الاعطاء الآن وكذا لو سرق اكثر من حقه لا يقطع لان بالزيادة يصير شريكا في ذلك المال بمقدار حقه ولا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلا او غير مماطل خلافا للشافعي في تفصيله بين المماطل فلا يقطع به وغير المماطل فيقطع ولو اخذ من غير جنس حقه وان كان حقه دراهم او دنانير فاخذ عروضا قطع لانه ليس له اخذها الا ان يقول اخذتها رهنا بديني فلا يقطع وعن ابي يوسف لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء نقل عن ابن ابي ليلى قضاء لحقه او رهنا به قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يصير شبهة دارئة الا ان ادعى ذلك وان كان دراهم

ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام فإن عاد فاقطعوه من غير فصل ولأن الثانية متكاملة كالأولى بل أقبح لتقدم الزاجر وصار كما إذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد إن شاء الله تعالى وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا إلى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكره لأن الملك قد اختلف باختلاف سببه ولأن تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فيعرى الإقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما إذا قذف المحدود في القذف المقذوف الأول قال فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلا فسرقه وقطع فيه فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لأن العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في كل محل وإذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا

فأخذ دنانير أو سلم القلب اختلف فيه قيل يقطع لأنها لا تصير قصاصا بحقه وإنما تقع بيعا فلا يصح إلا بالتراضي فليس له أخذها وقيل لا يقطع للمجانسة بينهما من حيث الثمنية ويقطع لو سرق حليا من فضة وله عليه دراهم ولو سرق المكاتب أو العبد من غريم المولى قطع إلا أن يكون المولى وكلهما بالقبض لأن حق الأخذ لهما ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون قطع لأن حق الأخذ لغيره ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع **قوله ومن سرق** عينا فقطع فيها فردها بأن كانت قائمة ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول الشافعي ومالك وأحمد لقوله صلى الله عليه وسلم فإن عاد فاقطعوه فيما روى الدارقطني من حديث أبي هريرة بطريق فيه الواقدي [illegible] إذا سرق السارق فاقطعوا يده ثم إن عاد فاقطعوا رجله اليسرى الحديث ولأن السرقة الثانية مثل الأولى في سببية القطع بل أفحش لأن العود بعد الزاجر أقبح وصار كما إذا باعه المالك من السارق وتخيل أبا يوسف أن المسروق عاد تقومه بالرد إلى المالك ولهذا الضمن السارق لو أتلفه بعد الرد فتمت سببيته للقطع كما لو سرقه غيره أو سرقه هو من غيره وصار كما لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة فإنه يقطع ثانيا ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل في حق السارق وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة أنها ساقطة نظرا إلى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب للسقوط وهو القطع فإن كل واحد من هذه يوجب بقاء السقوط الذي تحقق بالقطع فحيث عادت العصمة وانتفاء السقوط بعد تحققه كان مع شبهة عدمه فيسقط بها الحد بخلاف ما لو سرقه غيره ولأن السقوط ليس إلا بالنسبة إلى المقطوع يده لا سواه فيقطع وبخلاف صورة البيع المذكورة من السارق وسرقة السارق إياه من غيره لأن فيها تبدل الملك وتبدل الملك يوجب تبدل العين حكما كما عرف من حديث بريرة من قوله هو عليها صدقة ولنا منها هدية مع أن العين اللحم مع أن مشايخ العراق على أنه لا يقطع في صورة تبدل الملك بالشراء فلنا أن نمنعه فلا يتم القياس عليه وعند مشايخ بخارى القطع لتبدل العين حكما وجوابه ما قلنا وأيضا فتكرر الجناية بعد قطع يده نادر وتقدم إنما يندر وجوده لا يشرع فيه عقوبة دنيوية زاجرة فإنها تعرى عن المقصود وهو تقليل الجناية إذ هي قليلة بالغرض فلم يقطع في محل الحاجة وصار كما لو قذف شخصا فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنا بأن قال أنا باق على نسبتي إليه الزنا الذي نسبته إليه لا يحد ثانيا فكذا هذا إلا أنه لو قذفه بزنا آخر حد به أورد على هذا الوجه النقض بالزنا ثانيا بالمرأة التي زنى بها أولا بعد أن جلد لحد زناه الأول بها فإنه يحد ثانيا إجماعا فلم يكن تقدم الزاجر موجبا لعدم شرعيته ثانيا ووقوعه في غير محل الحاجة إليه لو شرع وأجيب بالفرق بأن حرمة المحل في الزنا لا يسقط باستيفاء الحد بخلاف السرقة وهذا فرق صحيح تم به وجه اختلاف الحكم المذكور في الزنا والسرقة لكنه لا يصلح جوابا للنقض الوارد على هذا الوجه بخصوصه أعني كون إقامة الحد أولا توجب ندرة العود فيوجب عدم شرع الزاجر في العود وكذا الفرق بأن القطع حق لا يستوفى إلا بخصومة المالك والخصومة لا تتكرر في محل بعد استيفاء موجب ما هي فيه كحد القذف غير دافع للوارد على خصوص هذا الوجه المدعى استقلاله **قوله فإن تغير عن حاله** مثل أن يكون المسروق الذي قطع به غزلا ثم نسج بعد رده فسرقه ثانيا قطع وكذا لو كان قطنا فصار غزلا لأن العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب ويجب عليه ضمان قيمته مع قيامه بصورته

فصل في الحرز والاخذ منه ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا ابيح النظر الى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديق لانه عاداه بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي رح لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي رحم محرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه

الثوب واذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه وهو بالجر عطف على لفظ اتحاد ولا على لفظ المحل
اي وانتفت الشبهة الناشئة من القطع لا من اتحاد القطع وهي شبهة سقوط قيام العصمة لانها كانت باعتبار اتحاد العين والتغير يوجبها شيئا آخر
فان قيل العين قائمة حقيقة وانما تبدل الاسم والصورة اجيب بان التمكن قبل تبدل الصورة شبهة سقوط العصمة فكان الحكم
بعدمه شبهة الشبهة فلا تعتبر وفي شرح الطحاوي واذا سرق ذهبا او فضة وقطع به ورد فجعله المسروق منه آنية او كانت آنية فجعلها
دراهم ثم عاد فسرقه لا يقطع عند ابي حنيفة لان العين لم تتغير عنده وقالا يقطع لانها تغيرت وفي كفاية البيهقي سرق ثوبا قماطا ثم نقض
فسرق المنقوض لا يقطع لانه لا يقطع حق المالك ولو فعله الغاصب فلم يصر في حكم عين اخرى ☆

فصل في الحرز والاخذ منه قدم بيان ما يتعلق بذات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع لانه كلام في فعل اثم ثنى بحرزه لانه خارج عنه
ثم الاخراج من الحرز شرط عند عامة اهل العلم وعن عائشة والحسن والنخعي ان من جمع المال في الحرز قطع وان لم يخرج به وعن الحسن
مثل قول الجماعة وعن داؤد لا يعتبر الحرز اصلا وهذه الاقوال غير ثابتة عمن نقلت عنه ولا معارض لاهل العلم الا ما ذكرنا فهو كالاجماع
قاله ابن المنذر وقد ثبت ان لا قطع في اقل من ثمن المجن ولا قطع في حريسة الجبل فخصصت الآية به فجاز تخصيصها بعده بما هو من الآحاد
الاجماعية واما باخبار الآحاد وسيأتي ما هو ابلغ من ذلك ثم الحرز ما حدده ما حرز الاشياء لان اعتباره ثبت شرعا من غير تقدير
على بيانه فيعلم به انه رد الى عرف الناس فيه والعرف يتفاوت وقد يتحقق فيه اختلاف لذلك وهو في اللغة الموضع الذي يحرز
فيه الشيء وكذا هو في الشرع الا انه يقيد المالية اي المكان الذي يحرز فيه المال كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه والحرز ما لا يعد
صاحبه مضيعا **قوله** ومن سرق من ابويه وان علوا او ولده وان سفل او ذي رحم محرم منه كالاخ والاخت والعم والخال والخالة
والعمة لا يقطع وقال مالك وشذوذ يقطع بالسرقة من الابوين لانه لا حق له في مالهما وكذا يحد بالزنا بجاريتهما ويقتل بقتلهما وهو … في
الكافي اما في الولاد فلا اختلاف فيه وقال ابو ثور وابن المنذر يقطع الاب ايضا في سرقة مال ابنه لظاهر الآية وقال الشافعي يقطع
السرقة من غير الولاد اما وجه الاول اي عدم القطع في قرابة الولاد فلانها عادة تكون معها البسوطة في المال والاذن في الدخول في الحرز
حتى يعد كل منهما بمنزلة الآخر ولذا منعت شهادته له شرعا وتخص سرقة الاب من مال الابن قوله عليه السلام انت ومالك لابيك ولانه الولد
وهو الذي اراد المصنف بقوله والثاني للمعنى الثاني اي الاذن في الدخول في الحرز فالحقهم الشافعي بالقرابة البعيدة قال المصنف وقد بيناه في العتاق
اي سائر ذي الرحم المحرم منه حيث عتق عليه ولكن الحقناه بقرابة الولاد وقد رأينا الشرع الحقهم بهم في اثبات الحرمة وافتراض الوصل فكذا الحقناهم بهم في عدم القطع بالسرقة
ووجوب النفقة ولان الاذن بين هؤلاء ثابت عادة للزيارة وصلة الرحم ولذا حل النظر منها الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة كالصدر للدملوج والعضد …
للخلخال وذلك لان لزوم الحرج لو وجب سترها عنه مع كثرة الدخول عليها وهي مزاولة الاعمال مع عدم احتشام احدهما من الآخر وايضا فهذه الرحم
المحرمة نفترض وصلها ويحرم قطعها والقطع يحصل القطع فوجب صونها درءه ذكره في الكافي وسيأتي ما فيه وما يدل على نقصان الحرز فيها
قوله تعالى ولا على انفسكم ان تأكلوا من بيوتكم او بيوت آبائكم او بيوت امهاتكم او بيوت اخوانكم او بيوت اخواتكم او بيوت اعمامكم او بيوت
عماتكم او بيوت اخوالكم او بيوت خالاتكم او ما ملكتم مفاتحه او صديقكم فرفع الجناح عن الاكل من بيوت الاعمام والعمات مطلقا …

وإن سرق من أمه من الرضاعة قطع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يقطع لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الأخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر أنه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما إذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة وأقرب من ذلك الأخت من الرضاعة وهذا لأن الرضاع قلما يشتهر فلا انبساط تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو من زوج سيدته لم يقطع لوجود الإذن بالدخول عادة وإن سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك الجواب عندنا خلافا للشافعي رحمه الله للبسوطة بينهما في الأموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع لأن له في أكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم لأن له فيه نصيبا وهو مأثور عن علي رضي الله عنه درءا وتعليلا

إطلاق الدخول ولو سلم فإطلاق الأكل مطلقا يمنع قطع القريب ثم هو إن ترك لقيام دليل السمع بقيت شبهة الإباحة على وزان أنت ومالك لأبيك فإن قلت فقد قال أو صديقكم كما قال أو بيوت أخوالكم والحال أنه يقطع بالسرقة من صديقه أجيب بأنه لما قصد سرقة ماله فقد عاداه فلم يقع الأخذ إلا في حال العداوة ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره لا يقطع ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه فسرقة مال الغير من بيت ذي الرحم المحرم سرقة من غير حرز وسرقة مال ذي الرحم من بيت غيره سرقة من حرز فيقطع وهذا يعكر على الوجه الذي قدمناه من أن في القطع القطيعة فيندرئ وهو الموجود ولذا والله أعلم لم يعرج المصنف عليه

قوله ومن سرق من أمه من الرضاعة قطع وهو قول أكثر العلماء وعن أبي يوسف لا يقطع لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الأخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة ولذا يقطع بالسرقة منها اتفاقا وكذا الأب من الرضاعة وجه الظاهر أنه لا قرابة بينهما والمحرمية بدون القرابة لا تحترم كما إذا ثبتت المحرمية بالزنا بأن زنى بامرأة تحرم عليه أمها وبنتها لا يقطع بالسرقة منهما وأقرب من ذلك الأخت من الرضاعة فإن فيها محرمية بلا قرابة مع اتحاد سبب المحرمية فيهما فالإلحاق بها في إثبات القطع أولى منه بالإلحاق بالمحرمية الثابتة بالوطء ثم تعرض المصنف لإبطال الوجه المذكور لأبي يوسف صريحا وهو قوله لأنه يدخل عليها إلخ بقوله وهذا لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب فإنه يشتهر فلا تحتشم ولا تهمة وهذا يتضمن منع قوله إنه يدخل عليها من غير استئذان إلخ فكأنه قال لا نسلم ذلك إلا لو لم يكن مستلزما تهمة لكنه يستلزمها لعدم الشهرة فيحتشم فلا يدخل بلا استئذان بخلاف النسب فإنه يشتهر فلا يكره دخوله فلذا قطع في سرقة مال أمه من الرضاعة ولم يقطع في سرقة مال أمه من النسب قوله وإذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر أو العبد من سيده أو امرأة سيده أو زوج سيدته لم يقطع لوجود الإذن في الدخول عادة فاختل الحرز وإن سرق أحد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي في أحد أقواله وبه قال مالك وأحمد وفي قول آخر كقولنا وفي قول ثالث يقطع الرجل خاصة لأنه للمرأة حقا في ماله لا لنفقته وجه قولنا أن بينهما بسوطة في الأموال عادة ودلالة فإنها لما بذلت نفسها وهي أنفس من المال كانت بالمال أسمح ولأن بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين وفي موطأ مالك عن عمر أنه أتي بغلام سرق مرآة لامرأة سيده فقال ليس عليه شيء خادمكم سرق متاعكم فإذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج أولى قال المصنف وهو نظير الاختلاف في الشهادة يعني عندنا لا يقطع أحدهما بمال الآخر كما أن شهادته لا تقبل لاتصال المنافع وعنده يقطع كما تقبل في أحد قوليه فإن قلت أحد الزوجين ربما لا ينبسط الآخر في ماله بل يجنبه منه ويحرزه قلنا وكذلك الأب والابن قد يمنع من كل منهما ذلك ولا قطع بينهما اتفاقا وفي شرح الطحاوي لو سرق من بيت الأصهار والأختان قال أبو حنيفة لا يقطع وقالا يقطع ولو سرق من بيت زوجة ابنه أو أبيه أو زوج ابنته أو زوج أمه إن كان يجمعهما منزل واحد لم يجب القطع بالاتفاق وإن كان كل في منزل على حدة فعلى الاختلاف المذكور ولو سرق أحد الزوجين من الآخر ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما ولو سرق من أجنبية ثم تزوجها لا قطع عليه سواء كان التزوج بعد أن قضي بالقطع أو لم يقض في ظاهر الرواية وروي عن أبي يوسف أنه قال إذا قضي عليه بالقطع يقطع ولو سرق من امرأته المبتوتة أو المختلعة في العدة لا قطع وكذا إذا سرقت هي من الزوج في العدة وإن كانت منقضية العدة يجب القطع قوله ولو سرق

قال والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور وحرز بالحافظ قال العبد الضعيف الحرز لابد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله عليه السلام من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد ثم في المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ وهو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج منه لقيام يده قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فيتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع خلافا لما اختاره في الفتاوى

المولى من مكاتبه لا يقطع بلا خلاف لان للمولى حقا في اكسابه ولان المال موقوف دائر بينه وبين المكاتب لانه ان عجز كان للمولى او عتق كان له ولا يقطع في سرقة مال موقوف دائر بين السارق وغيره كما اذا سرق احد المتبايعين ما شرط فيه الخيار وكما لا قطع على السيد كذلك لا قطع على المكاتب اذا سرق مال سيده لانه عبده او من زوجة سيده وهو قول اكثر اهل العلم وقال مالك وابو ثور وابن المنذر يقطع لسرقة مال من عدا سيده كزوجة سيده لعموم الآية وتقدم اثر عمر وهو في السرقة من مال زوجة سيده وكان ثمن المرآة ستين درهما وعن ابن مسعود مثله ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافه فحل محل الاجماع فتخص به الآية والحكم في المدبر كذلك وكذلك السارق من المغنم لا يقطع لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن علي رضي الله عنه دررا وتعليلا رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا الثوري عن سماك بن حرب عن ابن عبيد بن الابرص وهو يزيد بن دثار قال اتي علي رضي الله عنه برجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرا ورواه الدارقطني قبل وفي الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجه حدثنا جبارة بن المغلس عن حجاج بن تميم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس رضي الله عنه ان عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع الى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه قال مال الله سرق بعضه بعضا ولا يخفى ان هذا ليس مما نحن فيه الا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم مال الله سرق بعضه بعضا وكلامنا فيما سرقه ليس مستحق الغنيمة واسناده ضعيف

قوله قال اي المصنف الحرز لابد منه لوجوب القطع لان الاستسرار لا يتحقق دونه لانه اذا لم يكن حافظا من بناء ونحوه او انسان متعهد للحفظ يكون المال سائبا فلا يتحقق اختفاء الاخذ والدخول فلا تتحقق السرقة وعلى هذا يكون قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما يوجب الحرز اذ لا تتصور السرقة دون الاختفاء ولا يتحقق الاختفاء دون الحافظ فيختفي الاخذ منه او البناء فيختفي بدخوله بيت غيره من الناس والاحاديث الواردة بعد ذلك في اشتراطه كقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة الجبل فاذا آواه المراح او الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ونحوه واردة على وفق الكتاب لا مبين مخصص ثم هو على نوعين حرز بالمكان كالدور والبيوت والجدران والحوانيت للتجار وليست هي التي تسمى في عرف بلادنا مصر الدكاكين والصناديق والخيام والخركاه وجميع ما اعد لحفظ الامتعة فقد يكون بالحافظ وهو عن الاماكن المبنية على ما ذكر في المحيط وذلك كمن جلس في الطريق او في الصحراء او في المسجد وعنده متاع فهو محرز به وقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد على ما رواه ابو داود والنسائي وابن ماجه ومالك في الموطا واحمد في مسنده من غير وجه والحاكم وحكم صاحب التنقيح ابن عبد الهادي انه حديث صحيح وله طرق كثيرة والفاظ مختلفة وان كان في بعضها انقطاع وفي بعضها من هو ضعيف ولكن تعددت طرقه واتسع مجيئه السارق يوجب الحكم بصحته بلا شبهة وفي طريق السنن عن عبد الله بن صفوان عن ابيه انه طاف بالبيت فصلى ثم لف رداء له من برد فوضعه تحت راسه فنام فاتاه لص فاستله من تحت راسه فاخذه فاتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان هذا سرق ردائي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم سرقت رداء هذا قال نعم قال اذهبا به فاقطعا يده فقال صفوان ما كنت اريد ان تقطع يده في ردائي فقال فلولا كان قبل ان تاتيني به زاد النسائي فقطعه وفي المستدرك سرق خميصة ثمن ثلاثين درهما

قوله وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح احترازا عما في العيون على قول ابي حنيفة يقطع السارق من الحمام في وقت الاذن اي وقت دخولها اذا كان ثمة حافظ وقال ابو يوسف ومحمد لا يقطع وبه اخذ ابو الليث والصدر الشهيد في الكافي وعليه الفتوى

قال ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله فيه لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام البيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ

وهو ظاهر المذهب ووجه الصحيح انه محرز بدون الحافظ لان المكان في نفسه صالح للاحراز وهو المنع من وصول يد غير صاحبه اليه ما فيه من المال مع ذلك مختفيا وليس هذا مع الحافظ فهو فرع ولا اعتبار للفرع مع وجود الاصل فلا يعتبر وجوده معه فلذا كان الاصح انه اذا دخل الحمام في وقت الاذن في دخولها وسرق منها ما عنده حافظ لا يقطع لان الحمام في نفسه صالح لصيانة الاموال الا انه اختل الحرز للاذن في دخولها ولذا يقطع اذا سرق منها ليلا بخلاف المسجد لانه ما وضع لاحراز الاموال فيقطع السارق بمال عنده من يحفظه فيه وقد قطع سارق رداء صفوان وكان نائما في المسجد ولكون المكان هو الحرز الذي يقتصر النظر عليه قلنا يقطع السارق منه وان لم يكن له باب او له باب ولكنه مفتوح لان البناء للاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يد المالك قبل الاخراج من داره فلا يتحقق الاخذ الا بازالة يده وذلك بالاخراج من حرزه بخلاف المحرز بالحافظ فانه يقطع كما اخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فيتم السبب موجبا ولا فرق في وجوب القطع بين كون الحافظ في الطريق او الصحراء والمسجد مستيقظا او نائما والمتاع تحته او تحت رأسه او عنده وهو بحيث يراه لانه يعد النائم عند متاعه وبحضرته كيف نام مضطجعا او لا حافظا له في العادة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم باشتراط المتاع تحت رأسه او تحت جنبه وجه الصحيح ما ذكرنا ولهذا لا يضمن المودع والمستعير اذا حفظا الوديعة والعارية كذلك فسرقت ولو لم يكن ذلك حفظا لضمنوا بخلاف ما اختاره في الفتاوى فانه اوجب فيها الضمان على المودع والمستعير اذا نام مضطجعا ثم ما كان حرزا لنوع يكون حرزا لجميع الانواع هو الصحيح كما ذكره الكرخي لو سرق لؤلؤة من اصطبل او حظيرة غنم تقطع بخلاف ما اذا سرق الغنم من المرعى فقد اطلق محمد عدم القطع فيه وفي الفرس والبقر وهو مقيد بما اذا لم يكن معها من يحفظها فان كان قطع اذا لم يكن راعيا فان كان الذي يحفظها الراعي ففي البقالي لا يقطع وكذا في المنتقى عن ابي حنيفة واطلق خواهر زاده ثبوت القطع اذا كان معها حافظ ويمكن التوفيق بان الراعي لم يقصد لحفظها من السراق بخلاف غيره ونقل الاسبيجابي عن بعض اصحابنا كل شيء يعتبر بحرز مثله فلا يقطع باللؤلؤة من الاماكن المذكورة والثياب النفيسة مثلها وهذا قول الشافعي قوله ومن سرق شيئا من حرز او غير حرز كالصحراء وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين وهذا العموم يتناول ما اذا سرق من حمام وصاحبه عنده يحفظه وتقدم ان الصحيح انه لا يقطع به اذا كان وقت الاذن لان قوله وصاحبه عنده يختص بالملية وهو قوله من غير حرز فلا يرد الحمام فانه حرز على ان قوله بعد ذلك ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله تقييد له فانه بعمومه يقتضي ان لا يقطع وان كان صاحبه عنده يحفظه والوجه ظاهر من الكتاب وهذا التفريع على تعيين الاصل المذكور قوله ويدخل في ذلك اي يدخل في بيت اذن في دخوله الخانات والحوانيت فيثبت فيها حكم عدم القطع نهارا فان التاجر يفتح حانوته نهارا في السوق ويأذن للناس في الدخول ليشتروا منه فاذا سرق واحد منه شيئا لا يقطع وكذا الخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال فانما اختل الحرز بالنهار للاذن وهو منتف بالليل ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد لم يبن لاحراز الاموال فلم يكن محرزا بالمكان لينقطع اعتبار الحافظ ثم تختل حرزيته بالاذن كالحمام فكان الحافظ معتبرا حرزا فيقطع بالاخذ وعلى هذا ما في الخلاصة جماعة نزلوا بيتا او خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه او تحت

ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه لأن البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ولأنه بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة ومن سرق
سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لأن الدار كلها حرز واحد فلا بد من الإخراج منها ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتمكن شبهة عدم الأخذ فإن كانت دار فيها
مقاصير فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة وإن أغار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها
قطع لما بينا وإذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما لأن الأول لم يوجد منه الإخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل
خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن أبي يوسف أنه إن أخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وإن أدخل
الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسألة تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى وإن ألقاه في الطريق ثم خرج فأخذه قطع وقال
زفر لا يقطع لأن الإلقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ وكذا الأخذ من السكة كما لو أخذه غيره ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السراق
لتعذر الخروج مع المتاع أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا وإذا خرج ولم يأخذ فهو مضيع
لا سارق قال وكذلك إن حمله على حمار فساقه وأخرجه لأن سيره مضاف إليه لسوقه

رأسه لا يقطع ولو كان في المسجد جماعة قطع **قوله** ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه لأن البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه
مأذونا في دخوله ولأنه بالإذن صار بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة وكذلك إذا سرق من بعض بيوت الدار التي أذن له
في دخولها وهو مقفل أو من صندوق مقفل ذكره القدوري في شرحه لأن الدار مع جميع بيوتها حرز واحد ولهذا لو أخرج اللص من بعض
بيوت الدار إلى الدار لا يقطع ما لم يخرجه من الدار وإذا كان واحدا فبالإذن في الدار اختل الحرز في البيوت وسيأتي ما ينبه على هذا
قوله ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لأن الدار كلها حرز واحد فلا بد من الإخراج ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها
معنى فتمكن شبهة عدم الأخذ وهتك الحرز فإن كانت فيها مقاصير فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع هذا كلام محمد وأول بالدار
الدار العظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم ويستغنون به استغناء أهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار وإنما ينتفعون
بها انتفاعهم بالسكة لأنها على هذا التقدير يعد الإخراج إليها كالإخراج إلى السكة بخلاف ما تقدم لأن بيوت الدار كلها في يد واحد وهنا
كل بيت حرز على حدته لاختلاف السكان وفي الفتاوى الصغرى القوم إذا كانوا في دار كل واحد في مقصورة على حدة عليها باب
يغلق فنقب رجل من أهل الدار على صاحبه وسرق منه إن كانت الدار عظيمة يقطع وإلا فلا وتم في الفصل الأول قال بعضهم لا ضمان
عليه إذا أتلف المسروق في يده قبل الإخراج من الدار ولا قطع عليه والصحيح أنه يضمن لوجود التلف على وجه التعدي بخلاف القطع لأن
شرطه هتك الحرز ولم يوجد **قوله** وإن أغار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع يريد دخل إلى المقصورة على غرة
فأخذ بسرعة يقال أغار الفرس والثعلب في العدو إذا أسرع وقوله فسرق تفسير لقوله أغار **قوله** وإذا نقب اللص البيت فدخل
وأخذ المال فناوله آخر خارج البيت عند النقب أو على الباب فلا قطع عليهما بلا تفصيل بين إخراج الداخل أو إدخال
الخارج يده ثم روي عن أبي يوسف إن أخرج الداخل يده منها إلى الخارج فالقطع على الداخل وإن أدخل الخارج يده فتناولها فعليهما
القطع وهذا للإطلاق الذي هو ظاهر المذهب لقوله لاعتراض يد معتبرة على المال المسروق قبل خروجه أي قبل خروج الداخل والوجه أن يقطع
الداخل كما عن أبي يوسف لأنه دخل الحرز وأخرج المال منه بنفسه وكونه لم يخرج كأنه لا أثر له في ثبوت الشبهة في السرقة وإخراج المال
وما قيل إن السرقة تمت بفعل الداخل والخارج ثم الخارج لا يقطع فكذا الداخل بل تمت بالداخل وحده وإنما تتم بهما إذا أدخل الخارج
يده فأخذها وفيه قال أبو يوسف يقطعان وقول مالك إن كانا متعاونين قطعا هو محمل قول أبي يوسف وقال إن انفرد كل بفعله لا يقطع واحد
منهما وهذا لا يتحقق في هذه الصورة إلا إذا اتفق أن خارجا رأى نقبا فأدخل يده فوقعت على شيء ناوله الداخل فأخذه فظاهر أنه لا يقطع
واحد منهما قال والمسألة بناء على مسألة أخرى تأتي يعني مسألة نقب البيت وإلقائه في الطريق ثم خرج وأخذه ولم يذكر محمد ما إذا وضع
المال عند النقب ثم خرج وأخذه قيل يقطع والصحيح أنه لا يقطع قيل ولو كان في الدار نهر جار فرمى المال في النهر ثم خرج فأخذه إن
خرج بقوة الماء لا يقطع لأنه لم يخرجه وقيل يقطع لأنه أخرج ذكره التمرتاشي وقال في المبسوط فيما إذا أخرجه الماء بقوة جريه الأصح أنه
يلزمه القطع وقول الأئمة الثلاثة لأن جري الماء به كان بسبب إلقائه فيه فيصير الإخراج مضافا إليه وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع
صاحب البيت فلا يكون مسقطا للقطع عنه ولو كان راكدا أو جريه ضعيفا فأخرجه بتحريك الماء قطع بالإجماع وهذا يرد نقضا على مسألة الحمار

واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال العبد الضعيف هذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لان الاخراج وجد منه فتمت السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع وعن ابي يوسف في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فاخرج الغطريفي ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد

لانه يصدق عليه انه لم يخرج مع المال ولكن لا يصدق عليه اعتراض اليد المعتبرة قبل ان يخرج به ولو القاه الداخل في الطريق ثم خرج واخذه قطع به وبه قالت الائمة الثلاثة خلافا لزفر له ان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم ياخذه بان تركه او اخذه غيره وكذا الاخذ من السكة غير موجب للقطع فلا يقطع بحال ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السارق لتعذر الخروج مع المتاع لضيق النقب او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او الفرار ان ادرك ولم يعترض على المال الذي اخرجه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم ياخذه فهو مضيع لمال صاحب الدار عداوة ومضارة لا سارق واذا اخذه غيره فقد اعترضت يد معتبرة فقطعت نسبة الاخذ اليه والحاصل ان يد السارق ثبتت عليه وبالالقاء لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد اخرى الا ترى ان من سقط منه مال في الطريق فاخذه انسان ليرده عليه ثم رده الى مكانه لم يضمن لانه في ذلك المكان في يد صاحبه حكما فرده اليه كرده الى صاحبه بخلاف ما لو اخذه غيره لسقوط اليد الحكمية باليد الحقيقية وكذا اذا حمله على حمار فساقه فاخرجه لان سيره مضاف اليه لسوقه فيقطع وفي مبسوط ابي اليسر وكذا اذا علقه في عنق كلب وزجره ليقطع ولو خرج بلا زجر لا يقطع لان للدابة اختيارا فما لم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لا ينقطع نسبة الفعل اليها وكذا اذا علقه على طائر فطار به الى منزل السارق او لم يسق الحمار فخرج بنفسه الى منزل السارق لا يقطع **قوله** واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال العبد وهذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر والائمة الثلاثة لان فعل السرقة لا يتم الا بالاخراج بعد الاخذ والاخذان نسب الى الكل فالاخراج انما وجد منه فانما تمت السرقة منه قلنا نعم هذا هو القياس ولكنا استحسنا قطعهم لان الاخراج وان قام به وحده لكنه في المعنى من الكل للتعاون كما في السرقة الكبرى واذا باشر بعضهم القتل والاخذ فقط والباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل الى الكل شرعا بالسبب معاونتهم وان قدروا القاتل والآخذ انما هي بهم فكذا هذا فان السراق يعتادون ذلك فيتفرغ غير الحامل للدفع فكان مثله وهذا القدر تم الوجه وقوله بعد ذلك فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد ان منع لم يضر وانما وضعه في دخول الكل لانه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا في فعل السرقة لا يقطع الا الداخل ان عرف بعينه وان لم يعرف عزروا كلهم وابد حبسهم الى ان تظهر توبتهم **قوله** ومن نقب البيت وادخل يده فاخذ شيئا لم يقطع وهذا ظاهر الرواية عن الكل ولهذا لم يذكر الحاكم خلافا وروى عن ابي يوسف في الاملاء انه يقطع وهو قول الائمة الثلاثة لان اخراج المال من الحرز هو المقصود وقد تحقق والدخول فيه لم ينل فقط الا لانه كان هو المقصود من الدخول فقد وجد فاعتبار دخوله في القطع بعد المقصود اعتبار صورة لا اثر لها غير تطويل وضمانه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فاخرج الغطريفي او في الجوالق والغطريفي درهم منسوب الى الغطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد كانت دراهمهم من اعز النقود ببخارا قال المصنف ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال وعرفت ان هذا في حيز المنع منهم فاثبته بقوله تحرزا عن شبهة العدم اي شبهة عدم السرقة وهي مسقطة فان الناقص شبهة العدم وقد يمنع نقصان هذه السرقة لانها اخذ المال خفية من حرز وقد تحقق والدخول ليس من مفهومها ولا شرط الوجود بها اذ قد تحقق هذا المفهوم بلا دخول وقد تحقق بدونه في كل الصورتين معنى السرقة تام لا نقص فيه وكون الدخول هو المعتاد باتفاق الحال لانه قلما يقدر على اخراج شئ ما لم يدخل فيعينه من جوانب البيت فيتقدم اليه وقلما يدخل الانسان يده من كوة بيت فيقع على مال ثم فرق بينه وبين الصندوق ان الدخول في الصندوق غير ممكن فيسقط

وإن طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وإن أدخل يده في الكم يقطع لأن في الوجه الأول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الأخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الأخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الأخذ في الوجهين يعكس الجواب لانعكاس العلة وعن أبي يوسف أنه يقطع على كل حال لأنه محرز إما بالكم أو بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لأنه يعتمده وإنما قصده قطع المسافة أو الاستراحة فأشبه الجوالق

قال وإن سرق من القطار بعيرا أو حملا لم يقطع لأنه ليس بحرز مقصود فيتمكن فيه شبهة العدم وهذا لأن السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الأحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وإن شق الحمل وأخذ منه قطع لأن الجوالق في مثل هذا حرز لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الأخذ من الحرز فيقطع

وإن سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع ومعناه إذا كان الجوالق في موضع ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم عنده على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ أو نائم عليه حيث يكون حافظا له وقد بيناه من قبل

اعتباره بخلاف البيت بجلاف ما تقدم ممن حمل اللص المتاع فانه هو المعتاد **قوله** ومن طر اي شق صرة والصرة الهميان اي الربط من الصرة بها الموضع المشدود وفيه دراهم من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم قطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر تحقق الاخذ من خارج فلا يوجد هتك الحرز في الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب فاذا كان الرباط من خارج يقطع لانه اخذ الدراهم من باطن الكم وان كان الرباط من داخل الكم لا يقطع لانه اخذها من خارج الكم فظهر ان انعكاس الجواب لانعكاس العلة وعن ابي يوسف انه اي الطرار يقطع على كل وهو قول الائمة الثلاثة لان في صورة اخذه من خارج الكم ان لم يكن محرزا بالكم فهو محرز بصاحبه اذا كان محرزا بالصاحب وهو نائم او اجنبيه فلا يكون محرزا به وهو يقظان والمال يلاصق بدنه اولى قلنا بل الجواب ان الحرز ليس الا الكم لان صاحب المال يعتمد الكم او الجيب لا قيامه بنفسه فصار الكم كالصندوق وهذا لان المطرور كمه اما في حال المشي او في غيره فمقصوده في الاول ليس الا قطع المسافة لا حفظ المال وان كان الثاني فمقصوده الاستراحة عن حفظ المال وهو شغل قلبه بمراقبته فانه متاعب للنفس فيريد ليريح نفسه من ذلك فانما اعتمد الربط والمعتمد هو المعتبر في هذا الباب الا ترى ان من شق جوالقا على جمل يسير فاخذ ما فيه قطع لان صاحب المال اعتمد الجوالق فكان السارق منه آخذا للحرز فيقطع ولو اخذ الجوالق بما فيه لا يقطع وكذا لو سرق من الفسطاط قطع ولو سرق نفس الفسطاط لا يقطع لانه ليس محرزا بل محرز به فكذا قطع فيما فيه دونه بخلاف ما لو كان الفسطاط ملفوفا عنده يحفظه او في فسطاط آخر فانه يقطع به ولو سرق الغنم من المرعى لا يقطع وان كان الراعي معها لان الراعي لا يقصد الحفظ بل مجرد الرعي بخلاف ما لو كانت في حظيرة بناها لها وعليها باب مغلق فاخرجها منه قطع لانها بيت لحفظها وعند الائمة الثلاثة اذا كان الراعي بحيث يراها يقطع لانها محرزة به وان كانت غائبة عن نظره او هو نائم او مشغول فليست محرزة وكذا اذا اخذ الجوالق بما فيه من الجمال المقطورة يقطع وبما ذكر من التفصيل في الطر ظهر ان ما يطلق في الاصول من ان الطرار يقطع انما يأتي على قول ابي يوسف **قوله** وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود فيتمكن فيه شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الجمل واخذ منه قطع لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع وعند الائمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز فيقطع في اخذ الجمل والحمل والجوالق والشق ثم الاخذ واما القائد فحافظ للجمل الذي زمامه بيده فقط عندنا وعندهم اذا كان بحيث يراها اذا التفت اليها حافظ للكل فالكل محرزة عندهم لقوده وفرض ان قصده قطع المسافة ونقل الامتعة لا ينافي ان يقصد الحفظ مع ذلك بل الظاهر ذلك فوجب اعتباره والعمل به كونه لم يوجب القطع في حراسة الجبل يحمل على ترك الراعي اياها في المرعى وغيبتها عن عينه او نومه والقطار بكسر القاف الابل يشد زمام بعضها خلف بعض على نسق ومنه جاء القوم متقاطرين اذا جاء بعضهم اثر بعض **قوله** وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع ومعناه اذا كان الجوالق في موضع ليس بحرز كالطريق والمفازة والمسجد ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا

فصل في كيفية القطع واثباته قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضه ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبي عليه السلام امر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره المشايخ رح وقال الشافعي رح في الثالثة يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فتكون ادعى الى شرع الحد

النوم ليقرب منه على ما اخترناه من قبل يعني عند التصحيح وقوله لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة وذكر في بعض نسخ الجامع وصاحبه نائم عليه وحيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار وهو انه لا يشترط في قطع السارق من الحافظ كونه عنده او تحته

فصل في كيفية القطع واثباته ظاهر ترتيبه على بيان نفس الشرط وتفاصيل المال والحرز لانه حكم سرقة المال الخاص من الحرز فيتعقبه فالقطع لما تلونا من قبل وهو قوله تعالى فاقطعوا ايديهما والمعنى يديهما وحكم اللغة انما اضيف من الخلق الى اثنين لكل واحد واحد ان يجمع مثل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما وقد تثنى وقال ظهراهما مثل ظهور الترسين والافصح الجمع واما كونها اليمين فبقراءة ابن مسعود فاقطعوا ايمانهما وهي مشهورة فكان خبرا مشهورا فتقيد اطلاق النص فهذا من تقييد المطلق لا من بيان المجمل لان الصحيح انه لا اجمال في فاقطعوا ايديهما وقد قطع عم اليمين وكذا الصحابة فلو لم يكن التقييد مرادا لم يفعله وكان يقطع اليسار وذلك لان اليمين انفع من اليسار لانه يتمكن بها من الاعمال وحده ما لا يتمكن به من اليسار فلو كان الاطلاق مرادا والامتثال يحصل بكل لم يقطع الا اليسار على عادته من طلب الايسر لهم ما امكن واما كونه من الزند وهو من مفصل الرسغ ويقال الكوع فلانه المتوارث ومثله لا يطلب فيه سند بخصوصه كالمتواتر لا يبالي فيه بكفر الناقلين فضلا عن فسقهم او ضعفهم وروي فيه خصوص متون منها ما رواه الدارقطني في حديث رداء صفوان قال فقطعه رسول الله من المفصل وضعف بالعذري وابن عدي في الكامل عن عبد الله بن عمر قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارقا من المفصل وفيه عبد الرحمن بن سلمة قال ابن القطان لا اعرف له حالا واخرج ابن ابي شيبة عن رجاء بن حيوة ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع رجلا من المفصل وانما فيه الارسال واخرج عن عمر وعلي رض انهما قطعا من المفصل وانعقد عليه الاجماع فما نقل عن شذوذ من الاكثار يقطع الاصابع لان بها البطش وعن الخوارج القطع من المنكب لان اليد اسم لذلك الله اعلم بصحته وتقدير ثبوته هو خرق للاجماع وهم لم يعتدوا في الاجماع قبل الفتنة ولان اليد تطلق على ما ذكر وعلى ما الى الرسغ اطلاقا اشهر منه الى المنكب بل صار متبادرا من اطلاق اليد فكان اولى باعتباره فلان سلم اشتراك الاسم جاز كون ما الى المنكب هو المراد وما الى الرسغ فتعين ما الى الرسغ درءا للزائد عند احتماله عدمه واما الحسم فقد روى الحاكم من حديث ابي هريرة ان عم اتي بسارق سرق شملة فقال عم ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به فقطع ثم حسم ثم اتي به فقال تب الى الله قال تبت الى الله قال تاب الله عليك وقال صحيح على شرط مسلم ورواه ابو داود في المراسيل وكذا رواه القاسم بن سلام في غريب الحديث واخرج الدارقطني عن حجية عن علي انه قطع ايديهم من المفصل ثم حسمهم فكاني انظر اليهم والى ايديهم كانها ايور الحمر والحسم الكي لينقطع الدم وفي المغرب والمغني لابن قدامة هو ان يغمس في الدهن الذي اغلي وثمن الزيت وكلفة الحسم في بيت المال عندهم لانه امر القاطع به وبه قال الشافعي في وجه وعندنا هو على السارق وقول المص لانه لو لم يحسم يؤدي الى التلف يقتضي وجوبه والمنقول عن الشافعي واحمد انه مستحب فان لم يفعل لا اثم ويسن تعليق يده في عنقه لانه عم امر به ورواه ابو داود وابن ماجه وعندنا ذلك مطلق للامام ان رآه ولم يثبت عنده عم في كل من قطعه ليكون سنة قوله فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى بالاجماع فقد روي فيه حديث قدمناه ثم تقطع من الكعب عند اكثر اهل العلم

ولنا قول علي رضي الله عنه إني لأستحيي من الله تعالى أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها

وفعل عمر كذلك. قال أبو ثور والرافضة تقطع من نصف القدم من معقد الشراك لأن عليا كان يقطع كذلك ويدع له عقبا يمشي عليها. قال فإن
سرق ثالثا لا يقطع بل يعزر ويخلد في السجن حتى يتوب أو يموت. وقال الشافعي في الثالثة تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام
من سرق فاقطعوه ثم إن عاد فاقطعوه ثم إن عاد فاقطعوه ثم إن عاد فاقطعوه، فهو بهذا اللفظ لا يعرف، ولكن أخرج أبو داود عن جابر قال جيء بسارق
إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله إنما سرق قال فاقطعوه فقطع ثم جيء به الثانية فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله
إنما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به الثالثة فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله إنما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به الرابعة فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله
إنما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به الخامسة قال اقتلوه قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فألقيناه في بئر ورمينا عليه الحجارة. وقال النسائي
حديث منكر ومصعب بن ثابت ليس بالقوي. وأخرج النسائي عن حماد بن سلمة أنبأنا يوسف بن سعد عن الحارث بن حاطب اللخمي أن النبي
صلى الله عليه وسلم أتي بلص فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله إنما سرق قال اقطعوه ثم سرق فقطعت رجله ثم سرق على عهد أبي بكر حتى قطعت قوائمه الأربع
كلها ثم سرق الخامسة فقال أبو بكر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلم بهذا حين قال اقتلوه. ورواه الطبراني والحاكم في المستدرك وقال صحيح
الإسناد. قال المصنف وروي مفسرا كما هو مذهبه، أخرجه الدارقطني عن أبي هريرة عنه عليه السلام قال إذا سرق السارق فاقطعوا يده فإن عاد فاقطعوا
رجله فإن عاد فاقطعوا يده فإن عاد فاقطعوا رجله. وفي سنده الواقدي. وهنا طرق كثيرة متعددة لم تسلم من الطعن، ولذا طعن الطحاوي كما ذكره
المصنف فقال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها أصلا. وفي المبسوط الحديث غير صحيح والاحتج به بعضهم في مشاورة علي رضي الله عنه ولئن سلم يحمل على الانتساخ لأنه كان في
الابتداء تغليظ في الحدود ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع أيدي العرنيين وأرجلهم وسمر أعينهم ثم انتسخ ذلك. وأما فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما فروى
مالك في الموطأ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن رجلا من اليمن أقطع اليد والرجل قدم فنزل على أبي بكر الصديق رضي الله عنه فشكى إليه أن
عامل اليمن ظلمه فكان يصلي من الليل فيقول أبو بكر رضي الله عنه وأبيك ما ليلك بليل سارق. ثم إنهم فقدوا عقدا لأسماء بنت عميس امرأة أبي بكر الصديق
فجعل الرجل يطوف معهم ويقول اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح فوجدوا الحلي عند صائغ زعم أن الأقطع جاءه به فاعترف الأقطع وشهد عليه فأمر
أبو بكر فقطعت يده اليسرى وقال أبو بكر لدعاؤه على نفسه أشد عليه من سرقته. ورواه عبد الرزاق أخبرنا معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت
قدم على أبي بكر رجل أقطع فشكى إليه أن يعلى بن أمية قطع يده ورجله في سرقة وقال والله ما زدت على أنه كان يوليني شيئا من عمله فخنت في فريضة واحدة
فقطع يدي ورجلي فقال له أبو بكر إن كنت صادقا فأقادنك منه فلم يلبثوا إلا قليلا حتى فقد آل أبي بكر حليا لهم فاستقبل القبلة ورفع يديه وقال اللهم
أظهر من سرق أهل هذا البيت الصالح قال فما انتصف النهار حتى عثروا على المتاع عنده فقال له أبو بكر ويلك إنك لقليل العلم بالله فقطع
يده الثانية. قال محمد بن الحسن في موطئه قال الزهري ويروى عن عائشة قالت إنما كان الذي سرق حلي أسماء أقطع اليد اليمنى فقطع أبو بكر رجله
اليسرى. قال وكان ابن شهاب أعلم بهذا الحديث من غيره. وهذا وقد حكي عن عمر وعمرو بن العاص وعثمان وعمر بن عبد العزيز أنه يقتل في المرة الخامسة
كما هو ظاهر ما روي عن ذلك، وذهب مالك والشافعي إلى أنه يعزر ويحبس كقولنا في الثالثة. **قوله** ولنا قول علي رضي الله عنه. قال محمد بن الحسن في
كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال إذا سرق السارق قطعت يده اليمنى فإن عاد
قطعت رجله اليسرى فإن عاد ضمنته السجن حتى يحدث خيرا إني لأستحيي من الله أن أدعه ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها

ومما جاء فيه الصحابة رضي الله عنهم وامحدثين لاثه يلحق الاثنة من المنية من تقوية حسن النعمة الحي ولم ولاه ادر الوحي دو الرحى فيما يعلم بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما امكن جبرا لحقه لكن يشكل عليه الطحاوى ان ادعاه على السياسة

محمد رواه الدارقطني ورواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن جابر عن الشعبي قال كان علي لا يقطع الا اليد والرجل وان سرق بعد ذلك سجنه ويقول اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا حاتم بن اسماعيل عن جعفر بن محمد عن ابيه قال كان علي لا يزيد على ان يقطع السارق يدا ورجلا فاذا اتي به بعد ذلك قال اني لاستحيي ان ادعه لا يتطهر لصلاته ولكن احبسوه واخرجه البيهقي عن عبد الله بن سلمة عن علي انه اتي بسارق فقطع يده ثم اتي به فقطع رجله ثم اتي به فقال اقطع يده باي شيء يتمسح وباي شيء يأكل اقطع رجله على اي شيء يمشي اني لاستحيي من الله ثم ضربه وخلده في السجن وروى ابن ابي شيبة ان نجدة كتب الى ابن عباس يسأله عن السارق فكتب اليه بمثل قول علي رضي الله عنه واخرج عن سماك ان عمر استشارهم في سارق فاجمعوا على مثل قول علي واخرج عن مكحول ان عمر قال اذا سرق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله ولا تقطعوا يده الاخرى وذروه يأكل بها ويستنجي بها ولكن احبسوه عن المسلمين واخرج عن النخعي كانوا يقولون لا يترك ابن ادم مثل البهيمة ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها وهذا الحديث ان ثبت ثبوتا لا مرد له فبعيد ان يقع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل هذه الحوادث التي غالبا تتوافر الدواعي على نقلها مثل سارق يقطع صلى الله عليه وسلم اربعته ثم يقتله والصحابة يحتجون على قتله ولا يخبر بذلك عند علي وابن عباس وعمر من الاصحاب الملازمين بل اقل ما في الباب ان كان نقل لهم انهم ان غابوا فلا بد من علمهم بذلك وبذلك تقضي العادة فامتناع علي بعد ذلك اما لضعف الروايات المذكورة في الاتيان على اربعته واما لعلمه ان ذلك ليس حدا مستمرا بل من راى الامام قتله لما شاهد فيه من السعي بالفساد في الارض وبعد الطباع عن الرجوع فله قتله سياسة فيفعل ذلك القتل المعنوي قوله بهم فانعقد اجماعا قال شيخنا الحافظ ابن عبد الهادي قال سعيد بن منصور حدثنا ابو معشر عن سعيد بن ابي سعيد المقبري عن ابيه قال حضرت علي بن ابي طالب رضي الله عنه اتي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لاصحابه ما ترون في هذا قالوا اقطعه يا امير المؤمنين قال قتلته اذا وما عليه القتل باي شيء يأكل الطعام باي شيء يتوضأ للصلوة باي شيء يغتسل من جنابته باي شيء يقوم على حاجته فرده الى السجن اياما ثم اخرجه فاستشار اصحابه فقالوا مثل قولهم الاول وقال لهم مثل ما قال اول مرة فجلده جلدا شديدا ثم ارسله وقال سعيد ايضا حدثنا ابو الاحوص عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عائذ قال اتي عمر بن الخطاب باقطع اليد والرجل قد سرق فامر ان تقطع رجله فقال علي قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية فقد قطعت يد هذا ورجله فلا ينبغي ان تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشي عليها اما ان تعزره واما ان تودعه السجن فاستودعه السجن وهذا رواه البيهقي في سننه وهو مما يؤيد ضعف الحديث من استدلال علي رضي الله عنه وموافقة عمر رضي الله عنه قال الله ولانه اهلاك معنى هو من قول علي رضي الله عنه قتلته اذا والحد زاجر لا مهلك ولانه نادر الوجود اي يندر ان يسرق الانسان بعد قطع يده ورجله والحد لا يشرع الا فيما يغلب على ما مر غير مرة بخلاف القصاص يعني لو قطع رجل يسرى رجل قطعت يداه او اربعته لان حق العبد يستوفى ما امكن جبرا لحقه لا يقال اليد اليسرى محل للقطع لظاهر الكتاب والاجماع على خلاف الكتاب لانا نقول لما وجب حمل المطلق منه على المقيد عملا بالقراءة المشهورة خرجت من كونها مرادة وتعينت اليمنى مرادة والامر مقرون بالوصف وان تكرر بتكرر ذلك الوصف لكن انما يكون حيث امكن واذا انتفى ارادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد انتفى محليتها للقطع فلا يتصور تكراره فيلزم ان معنى الاية السارق مرة واحدة

وإن كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشا أو مشيا وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا إن كانت إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الإصبعان منها سوى الإبهام لأن قوام البطش بالإبهام فإن كانت إصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع لأن فوت الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوت الإصبعين لأنهما تنزلان منزلة الإبهام في نقصان البطش قال وإذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا أو خطأ فلا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد وقال زفر يضمن في الخطأ أيضا وهو القياس والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد وأما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا أيضا له أنه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا إنه أخطأ في اجتهاده إذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد موضوع ولهما أنه قطع يدا معصومة بغير حق ولا تأويل لأنه تعمد الظلم فلا يعفى وإن كان في المجتهدات وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة ولأبي حنيفة رحمه الله أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد إتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن أيضا هو الصحيح

فاقطعوا أيديهما وثبت قطع الرجل في الثانية بالسنة والإجماع والمعنى ما مر وذلك لقيام الدليل على العدم قوله وإن كان السارق
أشل اليد اليسرى أو مقطوع الرجل اليمنى أو كانت رجله اليمنى شلاء لا يقطع لأن في القطع والحالة هذه تفويت جنس المنفعة بطشا
إذا كانت اليد اليسرى مقطوعة أو مشلولة أو مشيا إذا كان ذلك في رجله اليمنى وتفويت جنس المنفعة إهلاك حتى وجب تمام الدية بقطع
اليدين والرجلين وهذا لأن المشي لا يتأتى مع قطع اليد والرجل من جهة واحدة ولهذا لا يقطع يمين السارق إذا كانت إبهام يده اليسرى
مقطوعة أو شلاء أو الإصبعان منها سوى الإبهام لأن فوتهما يقوم مقام فوت الإبهام في نقصان البطش بخلاف فوت إصبع واحدة
غير الإبهام لا يوجب ذلك فيقطع ولا يشكل أن الشلل وقطع الإبهام والأصابع لو كان في اليد اليمنى أنه تقطع لأنها لو كانت صحيحة
قطعت فكيف إذا كانت ناقصة وإنما خولف في هذا الباب ما ذكر في الكتاب حيث جعل القائم مقام الإبهام المخل بالبطش فوات
ثلاث أصابع وهنا جعله إصبعين لأن الحد يحتاط في درئه قوله وإذا قال الحاكم للحداد أي الذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد
من الجلد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا أو خطأ فلا شيء عليه عند أبي حنيفة رح ولكن يؤدب وبه قال أحمد
وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد أرش اليسار وعند زفر يضمن في الخطأ أيضا بخلاف ما لو قال لا أقطع يده ... يسارا لا
بالاتفاق وعند مالك والشافعي يقتص في العمد كقولنا فيما إذا قطع رجل يده بعد الشهادة وقبل القضاء بالقطع في انتظار التعديل
ثم عدلت لا قطع عليه بهذه السرقة لهدره ويقطع يد القاطع قصاصا ويضمن المسروق ولو كان أتلفه لأن سقوطها قضاء بينا ... تعالى ولم يوجد وكذا
لو قطع يده اليسرى لا يقتص لأن استطاعته قطع اليمنى لما عرفت قوله والمراد أي المراد بالخطأ الذي فيه الخلاف بينهما وبين زفر الخطأ
في الاجتهاد ومعناه أن يجتهد أن قطع اليسار بعد قول الحاكم اقطع يمينه يجزئ عن قطع السرقة نظرا إلى إطلاق النص وهو قوله تعالى فاقطعوا أيديهما
أما الخطأ في معرفة اليمين من الشمال لا يجعل عفوا لأنه بعيد يتهم فيه مدعيه وعلى هذا فالقطع في الخطأين عمد وإنما يكون معنى الصحيح أن يتعمد
القطع لليسار لا عن اجتهاد في إجزائها وقيل الخطأ في اليمين والشمال يجعل عفوا أيضا لزفر أنه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير
موضوع فيضمنها ولنا أنه إنما أخطأ في اجتهاده وخطأ المجتهد موضوع بالإجماع وهذا موضع اجتهاد لأن ظاهر النص يسوي بين اليمين
واليسار ولهما في العمد أنه جائر حيث قطع يدا معصومة بلا تأويل لتعمد الظلم فلا يعفى وإن كان في المجتهدات لأنه هو لم يفعله عن اجتهاد
وكان ينبغي أن يجب القود إلا أنه سقط للشبهة الناشئة من إطلاق النص ولأبي حنيفة رح أنه وإن أتلف بلا حق ظلما لكنه أخلف
من جنسه ما هو خير له وهي اليمين فإنها لا تقطع بعد قطع اليسرى وهي خير لأن قوة البطش بها أتم فلا يضمن شيئا وإنما جعلناه
أخلف لأن اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة فأخلفها إلى خلف استمرارها وبقائها بخلاف ما لو قطع رجله اليمنى
لأنه وإن امتنع به قطع يده لكن لم يعوضه من جنس ما أتلف عليه من المنفعة لأن منفعة البطش ليس من جنس منفعة المشي وأما إن
قطع رجله اليسرى فلم يعوض عليه شيئا أصلا وصار كما لو شهد اثنان على رجل ببيع عبده بألفين وقيمته ألف وشهد بمثل قيمته ثم رجعا
بعد القضاء لا يضمنان شيئا قوله وعلى هذا أي على تعليل أبي حنيفة بالإخلاف لو قطع يساره غير الحداد أيضا لا يضمن للإخلاف وهو
احتراز عما ذكره الإسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي حيث قال هذا إذا قطع الحداد بأمر السلطان ولو قطع يساره غيره ضمن

ولو اخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعها بامره ثم في العمد عنده عليه اي السارق ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطاء كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي رح في الاقرار لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود وللمستودع ان يقطع السارق منه والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي رح لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه

القصاص وفي الخطاء الدية قوله ولو ان السارق اخرج يساره وقال هذه يميني فقطعها لا يضمن وان كان عالما بانها اليسار بالاتفاق لانه قطعها بامره ثم في العمد عنده على السارق ضمان المال اذا كان استهلكه لانه لم يقع حدا وفي الخطاء كذلك على هذه الطريقة اعني طريقة عدم وقوعه حدا وقيل طريقة الاخلاف ولان منهما عدم وقوعه حدا وكلاهما واحد الا ان الاول اقرب الى لفظ وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن لانه وقع موقع الحد والقطع مع الضمان لا يجتمعان وانما خص ابا حنيفة رح بلزوم الضمان على السارق عند القطع مع انهما ايضا يضمنانه لان لو يوهم انه لا يضمن انما ثبت على قوله لانه لما لم يوجب على الحداد ضمان قد يتوهم انه لا يضمن السارق بناء على ان قطع الحداد وقع حدا ولذا لم يضمنه فازال الوهم بانه انما لم يضمنه لاخلافه لا لوقوعه حدا قوله ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه ويطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهور السرقة والخصم هو المسروق منه فلا بد من حضوره وهو قول الشافعي واحمد وقال مالك وابو ثور لا تشترط المطالبة لعموم الآية وكما في حد الزنا وقوله فلا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي في الاقرار وهو خلاف الاصح عنده والاصح عنده ان الاقرار كالبينة يعني اذا اقر الرجل عند الحاكم اني سرقت مال فلان نصابا من حرز لا شبهة فيه لا يقطعه حتى يحضر فلان ويدعي وما ذكره عن الشافعي رواية عن ابي يوسف لان خصومة العبد ليس الا ليظهر سبب القطع الذي هو حق الله تعالى وبالاقرار ظهر السبب فلا حاجة الى حضوره والجواب انه لم يظهر لتصديق المقر له المقر فهو لا يتقرر ظاهرا ولذا لو اقر بغائب ثم حضر جاز وان شبهة الاباحة باباحة المالك للمسلمين او لطائفة الناس منهم ثابتة وكذا شبهة وجود اذنه له في دخول بيته فاعتبرت المطالبة نفيا لهذه بخلاف الزنا فانه لا يباح باباحته بوجه من الوجوه فلم تتمكن فيه هذه الشبهة والحق ان احتمال اباحة المالك ونحوه هي الشبهة الموهومة التي سنبينها المص وسيمنع ذلك فالمعول عليه ما ذكرنا من ان ملك المقر قائم ما لم يصدق المقر له قوله وكذا اذا غاب المسروق منه عند القطع لا يقطع حتى يحضر وبه قال الشافعي خلافا لمالك لان الامضاء من القضاء في الحدود على ما مر وعلى ظاهر كلام المص يكون التشبيه في ثبوت خلاف الشافعي لكن علمت ان الاصح انه كقولنا ولما ثبت ان المطالبة شرط شرع في بيان من له المطالبة فقال وللمستودع بفتح الدال والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السارق منهم اي اذا سرق الوديعة او المال المغصوب والمال صاحب الربا كالمشتري عشرة بخمسة اذا قبض العشرة فسرقها سارق قطع بخصومته لان هذا المال في يده بمنزلة المغصوب اذ المشتري شراء فاسدا في يد المشتري كالمغصوب ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا بخصومته كالمودع وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة كمتولي الوقف والاب والوصي يقطع السارق لما في ايديهم من مال الوقف واليتيم بخصومتهم ويقطع ايضا السارق من هؤلاء بخصومة المالك لما في ايديهم الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال الرهن قبل قضاء الدين او بعده وهو الصحيح من نسخ الهداية بعد قضاء الدين ويدل عليه تعليله بقوله لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه اي بدون قضاء الدين فليس له ان يخاصم في رده وكذا نقل عن ابن المص انه قال كان في نسخة المص بعد القضاء وقبل يمكن ان يكون هذا جواب القياس يعني للمالك ان يسترد الرهن كالمودع ليسترده للحفظ فلا يكون ادنى حالا منه وقيد بقوله حال قيام الرهن لانه اذا كان مستهلكا لا يقطع الا بخصومة الراهن لان الدين يسقط عن الراهن فلم يبق له حق في مطالبة العين لكنه

والشافعي رحمه الله بناه على أصله إذ لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر رحمه الله يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لأن فيه تفويت الصيانة ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقاً إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد فيستوفى القطع والمقصود من الخصومة إحياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن فإنه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وإن كانت شبهة الإذن في دخول الحرز ثابتة

ولا للعنا وفي غاية البيان وينبغي أن يكون للراهن ولاية القطع إذا كانت قيمة الرهن أزيد من الدين بقدر عشرة لأن الزائد أمانة في يد المرتهن فكان المرتهن بالنسبة إلى ذلك القدر كالمودع والراهن كالمودع فيقطع بخصومته قوله والشافعي رحمه الله بناه أي بنى عدم القطع بخصومة هؤلاء على أصله وهو أن لا خصومة لهم في الاسترداد عند جحود من في يده المال المودع كأبناء غير المودع إلا أن يحضر المالك لأنهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم إثباتاً لسبب فلا يملكونها لإعادة اليد أولى قيل لكن المذكور في كتبهم يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن وكذا يقول مالك من يد المستعير أيضاً وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ ولا يظهر في حق القطع لأن فيه أي في القطع تفويت الصيانة لسقوط الضمان به فيفوت الحفظ فيعود الأمر على موضوعه بالنقض إذ تصير خصومته لإثبات الحفظ سبباً لنفيه ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقاً وهذه النكتة هي مبنى الخلاف أعني كون خصومتهم معتبرة فأثبتها بقوله إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد والأحسن أن يقال لهم ولاية الحفظ وهو إنما يكون باستردادها حقاً لهم كما أن ذلك للمالك بل المالك في الحقيقة لم يرد إلا اليد وهذا لأن ذا اليد إن كان أميناً لا يقدر على رد الأمانة إلا بها وإن كان غاصباً لا يقدر على إسقاط الضمان عن نفسه إلا بذلك فكان خصومة في حق لهم ثم تظهر به السرقة فيجب بها القطع ولذا لا يحتاج إلى إضافة المال إلى المالك بل يقول سرق مني وقصده إحياء حق المالك حق نفسه بخلاف خصومته في القصاص لا تعتبر فلا تقتص بخصومته لأنه ليس فيه حق في إعادة يده وأوردوا أن في صورة الإقرار لا يقطع إلا بحضور المالك وهو أحد المجتهدين وكذا لو أقام وكيل المالك بينة على السرقة لا يقطع بخصومته عندنا خلافاً للشافعي مع ظهور السرقة بحجة شرعية فيهما وما ذاك إلا لتوهم الشبهة حال غيبة المالك على ما ذكرنا قبل والتوهم موجود في هذه الصورة مع أنه يقطع أجيب بأن المستعير ومن ذكر معه أصحاب يد صحيحة وبينا أن لهم حق الاسترداد بخصومة كل منهم باعتبار حقه بخلاف الوكيل ألا ترى أنه لا يستغني عن إضافة الخصومة إلى غيره وفي فصل الإقرار شبهة زائدة هي جواز أن يكذبه المالك في إقراره فيبقى المال مملوكاً للسارق فاستيفاء الحد مع ذلك استيفاء مع الشبهة ثم أجاب عن قول زفر بقوله وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء حقاً لله وإن لزم غير مقصود ولا دائم لأنه إنما يثبت إذا كان المال مستهلكاً فليس لنا القطع مطلقاً مع أنه مهدر في اعتبار الشرع بدليل الإجماع على أن يقطع بخصومة الأب والوصي بسرقة مال اليتيم وإن لزمه سقوط الضمان فكان تعليله لذلك مردوداً بدلالة الإجماع وقوله ولا معتبر بشبهة موهومة جواب عن سنده وهو أن يقال احتمال إقرار المالك له أي عوده بالمال واحد منه إذا حضر ثابت فلا يقطع مع هذه الشبهة فقال هذه شبهة يتوهم اعتراضها عند حضوره ولا عبرة بمثلها بل المعتبر شبهة ثابتة توهمها في الحال لا على تقدير منتف في الحال ألا ترى أن القطع يستوفى بالإقرار وإن توهم اعتراض رجوعه وكذا لو حضر المالك وغاب المستودع يقطع وإن كان لو حضر المستودع قال كان ضيفي أو أذنت له في الدخول في بيتي ولا يخفى أن لا فرق بين هذه الشبهة والشبهة التي ذكرها بعضهم في اشتراط حضور المسروق منه للخصومة من احتمال إباحة المالك المسروق للمسلمين ونحوه فإنه جاز أنه إذا حضر قال كنت أبحته للمسلمين أو لطائفة السارق منهم كما جاز أن يقول له سواء فإذا كانت هذه شبهة موهومة لا تعتبر فكذلك تلك وإن اعتبرت تلك لسبب تسليم احتمالها في نفسها لا على تقدير حضوره المنتفي في الحال فهذه كذلك لأن احتمال كون المالك كان أذن له أو أنه مقر له به قائم في الحال

وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد ما درئ الحد بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا ولو قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت اليه وكذلك اذا باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي رحمه الله يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة

وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روى ابن سماعة عن محمد انه قال ليس للمالك ان يقطعه حال غيبة المستودع قوله وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب المال ان يقطع السارق الثاني وبه قال احمد والشافعي في قول وقال مالك والشافعي في قول يقطع بخصومة المالك لانه سرق نصابا من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخصومة مالكه سواء قطع السارق الاول اولا وانا ان المالك لا يجب على السارق ضمانه فكان ساقط التقوم في حقه وكذا في حق المالك لعدم وجوب الضمان له فيد السارق الاول ليست يد ضمان ولا يد امانة ولا يد ملك فكان المسروق مالا غير معصوم فلا قطع فيه وروى في نوادر هشام عن محمد ان قطعت الاول لم اقطع الثاني وان درئت القطع عن الاول بشبهة قطع الثاني وشله في الاملاء لابي يوسف واطلق الكرخي والطحاوي عدم قطع السارق من السارق وهو قول احمد لان يده ليست يد امانة ولا يد ملك فكان ضمانا ولا قطع في اخذ مال ضائع قلنا ابقى ان يكون يد غصب والسارق منه يقطع فالحق التفصيل المذكور وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه وفي رواية اخرى ليس له ذلك لان يده ليست يد ضمان ولا يد امانة ولا ملك والرد منه ليس باولى منه الى المالك والوجه انه اذا ظهر هذا الحال عند القاضي لا يرده الى الاول ولا الى الثاني اذا رده لظهور خيانته كل منهما بل يرده من يد الثاني الى المالك ان كان حاضرا والا حفظه كما يحفظ اموال الغيب ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد ما درئ عنه القطع لشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار يده كيد الغاصب قوله ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا ردها بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة التي هي الموجب للقطع فكانت شرطا في القطع والخصومة لا تتحقق بعد الرد لانها اعني الخصومة الموجبة لا تتم الا باقامة البينة وهي انما جعلت حجة لقطع المنازعة وقد انقطعت المنازعة بالرد بخلاف ما بعد المرافعة اي بخلاف ما لو ردها بعد المرافعة وسماع البينة والقضاء فانه يقطع وكذا بعد سماعها قبل القضاء استحسانا لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة اذا رد المال للخصومة حصل مقصودها بحصول المقصود من الشئ ينتهي وبالانتهاء يتقرر في نفسه فكانت الخصومة قائمة لقيام يده على المال فيقطع بعد رده ولا فرق في عدم القطع بين ان يرد قبل الخصومة الى يد المالك او يد ابيه او امه او جده او جدته وان لم يكونوا في عياله وكذا يبرأ المستعير والمودع بالرد اليهم لان لهم شبهة ملك في ماله فالرد اليهم رد اليه حكما وذلك كاف في الرد اليه بخلاف ما لو رد الى ابنه وذوي رحمه المحرمة كاخيه وعمه وخاله ان كانوا في عياله يبرأ ولا يقطع كما لو رده الى زوجته او عبده او مكاتبه او اجيره مشاهرة ومن النكي ليس غلامه او مساكنه يبرأ في هؤلاء كلهم ولا يقطع ولو سرق من المكاتب ورد الى سيده او من العيال ورده الى من يعولهم او سرق من شخص ورده الى من يعول المسروق منه يبرأ ولا يقطع ويبرأ المستعير والمودع برد الوديعة الى من يعول المودع اما الغاصب فلا يبرأ بالرد الى الاب والام ولا الى ولده ولا اقاربه المحرمة الذين في عيالهم ولا الى الزوجة ومن ذكرنا معهما قوله واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبها له المالك وسلمها اليه او باعها منه لا يقطع وقال زفر والشافعي ومالك واحمد يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا لفعلها بلا شبهة وظهورا عند الحاكم وقضى عليه بالقطع ولا شبهة في السرقة الا لو صح اعتبار عارض الملك المتاخر مستندا بالتثبت اعتباره وقت السرقة فلا موجب لذلك فلا يصح ولا شبهة فيقطع ومما ينفي صحة ذلك لا اعتبار

[illegible]

اى تصدقت عليه ثمنها قال يا رسول الله لم ارد هذا هو عليه صدقة فقال عليه السلام فهلا قبل ان تاتينى به رواه ابو داود وابن ماجه زاد النسائى فى رواية فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم هذا بخلاف ما لو اقر له بالسرقة بعد القضاء فانه لا يقطع لان الاقرار يظهر ان ملكه كان سابقا فينتفى القطع قوله الا ان الامضاء يعنى استيفاء الحد من القضاء فى باب الحدود فما يعترض بعد القضاء كما قبل القضاء ولو كان قبل لا يقطع فكذا هنا قيل لا يستوفى الشافعى فى بيان ان الاستيفاء من القضاء والقضاء فى هذا الباب وقد بينا ذلك فى حد الزنا الا ان المعترض هذا ما تمت بعد ثبوت الحد وقيل لم يقبله لقول وقوع الاستيفاء عنه اى عن القضاء بالاستيفاء حتى لو لم يقبض بعد القطع بالقطع بل امر به فلا يقطع ولو استوفى الحد ثم يسقط بعد القضاء وهذا لان المقصود من القضاء بالقطع ليس الا الحق والقصاص بعد القضاء حق العبد ولا يحق الظاهر عنده غير منتقل الى الاولياء فلا حاجة الى القضاء للمقابل ولا شبهة فى سقوط الواجب عند الاستيفاء واذا كان المقصود شرط الشرط فيه فلا يتعلق الاستيفاء كما عند القضاء وهى مقتضية للسقوط بخلاف رد المال المسروق بعد القضاء بالقطع لانه ينتهى بحق والتى باعه بعد القضاء يكون الخصومة بعده وبعد قطعه فينقطع واما الحديث ففى الرواية كما ذكرنا وفى رواية الحاكم فى المستدرك انا ابيعه وانسئه ثمنه تصدقت عليه وفى كثير من الروايات لم يذكر ذلك بل قوله كشف ذلك وقوله فيقطع رجل من العرب فى ثلاثين درهما فوهبت له تسلمه اليه فى البيت ثم باعه فهو كان فى رواية الاضطراب او الاضطراب يوجب الضعف ويحتمل كون قوله هو له صدقة عليه كان بعد اليد فى ذلك لان المال قبل التبعة قوله وكذا اذا نقصت قيمتها اى قيمة السرقة اى العين المسروقة من النصاب بعد قبل الاستيفاء بعد القضاء لا يقطع فى ظاهر المذهب وعن محمد يقطع وهو قول زفر والائمة الثلاثة اعتبارا بالنقصان فى العين اذا كانت قائمة فى يد السارق وباقى منها لا يساوى عشرة فيقطع بالاتفاق فكذا اذا كانت قيمتها وقت الاستيفاء كذلك ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا للقطع كان شرطا عند الاستيفاء لما ذكرنا ان القضاء فى الحدود لا يعتبر فى نقصان القيمة بخلاف نقصان العين لان المستهلك مضمون عليه فكان الثابت عند القطع نصابا كاملا لكنه دين وعين بخلاف نقصان السعر لا لنقيصة ولم يذكر ما اذا كان السارق استهلكه كانه لا يقطع بلا تقييد ولو اكل ثم نسيه قوله واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة قال الشيخ بعد شهادة الشاهدين بالسرقة او اقراره بالسرقة او اقر بالسرقة ثم رجع فقال لم اسرق بل هو ملكى فانه لا يقطع بالاجماع ولكن المراد مسئلة وقال الشافعى لا يسقط بمجرد دعواه وهو احد قولى الشافعى كذا ذكره بعضهم وهو رواية عن احمد لان سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدى الى سد باب الحد اذ لا يعجز سارق عن هذا وقيل عنه انه لا يقطع وقيل هو نص الشافعى وعن احمد رواية ثالثة انه ان كان معروفا بالسرقة قطع لانه يعلم كذبه بدلالة الحال قال ابن قدامة واولى الروايات انه لا يقطع بكل حال لان الحدود تدرأ بالشبهات وهى احتمال صدقه قال المصنف والاصح ما قال من ان يفضى الى سد باب الحد بل صحة الرجوع بعد الاقرار اجماعا والسارق لا يعجز عن ذلك مع انه يعتبر رجوعه شبهة دارئة اذا رجع على انه ممنوع فان من لا يعلم هذا من السراق اقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسرقون غالبا قوله واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالى لم يقطعا لان الرجوع عامل فى حق الراجع ويورث الشبهة فى حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فتتحد فيتمكن الشبهة فيهما قوله فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر الحاضر وهذا قول ابى حنيفة الآخر وهو قولنا وقول الائمة الثلاثة وكان يقول اولا لا يقطع لانه حجة

[illegible]

يجاء على شبهة والشهرة واحدة فتحمل في حقهما وجه قوله الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما فانما علمت الشهادة في
حق الحاضر فقط ولا معتبر بتوهم حدوث شبهة على ما عرف فلا فيبقى زخرفا في القطع بخصومة الغاصب والمودع ثم لو حضر الغائب لا
الا ان تعاد وتكمل البينة عليه لو ثبتت بينة اخرى وكذا اذا اقر بسرقة مع فلان الغائب لا يقطع في قوله الاول ويقطع في قوله
الآخر وهو قول باقي الائمة قوله واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها ما حصل وجوه هذه المسئلة اربعة لان العبد
المقر بالسرقة اما مأذون له او محجور عليه وفي كل منهما اما ان يقر بسرقة مستهلكة او قائمة فالمأذون اذا اقر بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة
ولا ضمان مع القطع وقال زفر لا يقطع ولكن يضمن المال وان اقر بسرقة قائمة قطع عند الثلاثة وهذا قول المصنف لو كان مأذونا
قطع في الوجهين ويرد المال الى المقر له سواء صدقه المولى او كذبه وقال زفر لا يقطع ولكن يرد المال وان كان العبد محجورا
فان اقر بسرقة هالكة قطعت يده عند الثلاثة وقال زفر لا يقطع وان اقر بسرقة قائمة فقال زفر لا يقطع فظهر ان قول زفر
لا يقطع في شيء ونحو ما ذكره المصنف بقوله قال زفر لا يقطع في الوجوه كلها اي فيما اذا كان العبد محجورا والاقرار بهالكة او قائمة او
مأذونا والاقرار بهالكة او قائمة واختلف علماؤنا الثلاثة في هذا اعني اقرار المحجور بالقائمة في يده فقال ابو حنيفة يقطع ويرد العين الى
المسروق منه وقال ابو يوسف يقطع والسرقة لمولاه وقال محمد لا يقطع والسرقة لمولاه ويضمن مثلها او قيمتها بعد العتاق للمقر له وقال
الطحاوي حدثنا الشافعي ابن ابي عمران بقول الاقوال الثلاثة كلها عن ابي حنيفة فقوله الاول اخذ به محمد ثم رجع وقال الثاني كما قال
ابو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه فهو نظير مسئلة الصلاة في الزكاة ومعنى المسئلة اذا كذبه المولى في اقراره وقال المال
مالي اما اذا صدقه فلا اشكال في القطع ورد المال المعين به اتفاقا فاما اذا كان العبد كبيرا وقت الاقرار فان كان صغيرا فلا قطع
عليه اصلا وهو ظاهر غير انه ان كان مأذونا يرد المال الى المسروق منه ان كان قائما وان كان هالكا يضمن واذا كان محجورا فان صدقه
المولى يرد المال الى المسروق منه ان كان قائما ولا ضمان عليه ان كان هالكا ولو بعد العتق وتقدم المصنف الكلام مع زفر فقال
ان الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لان اقراره بهما يرد اثره على نفسه او طرفه بالاتلاف وكل ذلك
مال المولى فالاقرار به اقرار على الغير والاقرار على الغير غير مقبول الا ان المأذون له لما تضمن اقراره الاقرار بالمال والطرف وبطل بالطرف بقي
المال يضمنه ان كان هالكا ويرده ان كان قائما لصحة اقراره بالمال لكونه مسلطا على الاقرار به من جهة المولى حيث اذن له
ونحن نقول الاقرار بهما صحيح لان الاقرار بهما يرجع اليه من حيث هو آدمي الا من حيث هو مال وما كان كذلك كان داخلا تحت
ملكه الا ترى ان المولى لا يملكه عليه وما لا يملكه المولى عليه كان يبقى فيه على اصل الآدمية فيملكه كالطلاق ولانه لا تهمة في
هذا الاقرار ليبطل في حق السيد لان ضرره الراجع اليه فوق ضرره الراجع به الى المولى لانه يفوت عليه نفسه او طرفه وما كان كذلك يفيد على
الغير كما اذا شهد العبد العدل برؤية هلال رمضان والسماء علة فانه يقبل حتى يلزم جميع الناس صومه لانه لما لزمه من ذلك في حق نفسه
فنفذ في حقهم تبعا لنفاذه عليه وكذا لو اقر المغلوب بعد القتل العمد عليه القتل اجماعا وان كان فيه ابطال ديون الغرماء والمحجور في الحجر عليه ان اقراره
بالمال باطل ولهذا لا يصح اقراره بالغصب فيبقى ما في يده مال المولى اذا تقرر هذا فالمسئلة [illegible] اقراره [illegible] بسرقة [illegible] المولى

قال وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت إلى صاحبها لقيامها على ملكه وإن كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الإطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله وهو المشهور وروى الحسن عنه أنه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعي رحمه الله يضمن فيهما لأنهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه أخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم أو شرب خمر مملوكة للذمي ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولأن وجوب الضمان ينافي القطع

وليس سرقة مال المولى لا يقطع وبهذا القدر يتم الوجه وقوله بعده يؤيده الخ زيادة توكيد اي يؤكد ما ذكرنا من عدم القطع ان المال في لزوم القطع اصل والقطع تابع والتابع من حيث هو تابع لا يتحقق دون متبوعه بحيث لم يجب المال للغير لا يجب القطع وبيان المال اصل ان الخصومة تسمع في السرقة في حق المال حتى لو قال اريد المال فقط سمعت ولا يسقط القطع وكذا يثبت المال في دعوى السرقة بلا قطع فيما لو ادعاها واقام رجلا وامرأتين شهدوا بها فانه يقضي بالمال دون القطع وكذا اذا اقر حر بالغ بها ثم رجع يلزمه المال ولا قطع وفي عكسه لا يسمع حتى لو قال المسروق منه اريد القطع دون المال لا تسمع خصومته فانما يسمع في حق القطع تبعا للمال وقد انتفى المال بما قلنا فانتفى القطع ولابي يوسف انه اقر بشيئين اي اقر بما يوجب شيئين القطع وهو اقرار على نفسه فيقطع على ما ذكرنا مع زفر من وجه صحة اقراره بالحدود والقصاص والمال وهو اقرار على المولى وهو يكذبه فلا يصح في حق المولى القطع يستحق بدون المال كما اذا اقر بسرقة مستهلكة فانه يقطع فلا يلزمه المال وكذا لو هذا الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع ولا ينزع الثوب من زيد الى عمرو فيقطع والمال للمولى ولابي حنيفة ان الاقرار في حق القطع قد صح منه لما بينا في الكلام مع زفر من انه آدمي الخ ويلزمه صحته بالمال انه لغير المولى لاستحالة ان يجب القطع شرعا بمال مسروق للمولى والحاصل انه اذا صح الاقرار بالحد يثبت حكمه وهو القطع وهو ملزوم لحكم الشرع بكون المال للمقر له اذ لا قطع بمال السيد والى هذا تم الوجه وزيادة قولهم لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه زيادة لا تظهر الحاجة اليها وقوله بخلاف مسئلة الثوب يريد الزام ابي يوسف بما اذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو يقطع به ولا يدفع الى عمرو فكذا جاز ان يقطع بما اقر به من مال الاجنبي ولا يدفع اليه فقال فرق بينهما فان القطع في المسئلة المذكورة محمول على صحة اقراره به لعمرو وانه وديعة عند زيد او غصب وادعى زيد ان الثوب له جاز كونه انكارا للوديعة غير ان المقر ليس خصما في ذلك والقطع لا تثبت به ودع او مغصوب ثابت بخلاف ما نحن فيه فانا لو اعتبرنا الثوب وديعة للمولى او مغصوبا عند المقر لم يخرج عن كونه سرقة مال المولى وبه لا يقطع قوله وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وإن كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك لانه لما لم يضمن بالاستهلاك وله فيه جناية ثانية فلأن لا يضمن بالهلاك ولا جناية اخرى له فيه اولى وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو المشهور وبه قال سفيان الثوري وعطاء والشعبي ومكحول وابن شبرمة وابن سيرين وروى الحسن عنه انه يضمن في الاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما اي في الهلاك والاستهلاك وهو قول احمد والحسن والنخعي والليث والبتي واسحق وحماد وقال مالك ان كان السارق موسرا ضمن وان كان معسرا لا ضمان عليه نظرا للجانبين ولا خلاف ان كان باقيا انه يرد على المالك وكذا اذا باعه او وهبه يؤخذ من المشتري والموهوب له وهذا كله بعد القطع ولو قال المالك قبل القطع انا اضمنه لم يقطع عندنا فانه تضمين رجوعه عن دعوى السرقة الى دعوى المال وجه قولهم عموم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وعلى اليد ما اخذت حتى ترده لانه اتلف مالا مملوكا عدوانا فيضمنه قياسا على الغصب والمانع انما هو منافاة بين حقي القطع والضمان ولا منافاة لانهما حقان بسببين مختلفين احدهما

لانه يملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع للشبهة
وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان
مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان
العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة
تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فيعتبر الشبهة
فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضروراته سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة

حق الله تعالى وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة والاخرى حق المالك فيقطع حقا لله ويضمن حقا للعبد وصار كاستهلاك صيد مملوك في
الحرم يجب الجزاء حقا لله والقيمة حقا للعبد وكشرب خمر الذمي على قولكم فانكم تحدونه حقا لله تعالى وتغرمونه قيمتها حقا للذمي وهذا الزام
فانهم لا يضمنون الخمر باستهلاكها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى النسائي عن حسان بن عبد الله عن المفضل بن فضالة
عن يونس بن يزيد قال سمعت سعد بن ابراهيم يحدث عن اخيه المسور بن ابراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال لا يغرم صاحب سرقة اذا اقيم عليه الحد ولفظ الدارقطني لا غرم على السارق بعد قطع يمينه وضعف ابن المسور بن
ابراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جده فانه مسور بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابراهيم مجهول وفيه انقطاع آخر
فان اسحق بن الفرات رواه عن المفضل فادخل بين يونس بن يزيد وسعد بن ابراهيم الزهري فقال ابن المنذر سعد بن
ابراهيم هذا مجهول وقيل انه الزهري قاضي المدينة وهو احد الثقات الاثبات وعندنا الارسال غير قادح بعد ثقة الراوي وامانته وذلك
الساقط ان كان قد ظهر انه الزهري فقد عرف وبطل القدح به وما قال ابن قدامة انه محمول على غرم السارق اجرة القاطع مدفوع بمعارضة
البزار لا يضمن السارق سرقته بعد اقامة الحد ولم يرد على قول المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن ولان وجوب الضمان ينافي القطع
لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه اخذ ملكه ولا قطع في ملكه لكن القطع ثابت قطعا
فما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي والمؤدي اليه الضمان فينتفي الضمان ولان المسروق لا يبقى مع القطع معصوما حقا للعبد اذ لو بقي كان مباحا في نفسه
وانما حرم لمصلحة العبد فكان حراما من وجه دون وجه فكان شبهة في السرقة اذ الشبهة ليست الا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فينتفي
الحد لكن الحد وهو القطع ثابت اجماعا فكان محرما حقا للشرع فقط كالميتة ولا ضمان فيما هو خالص حق الله ولا يقال جاز كون الشيء
محرما لغيره ولنفسه كالزنا في نهار رمضان فلا يلزم ان يكون مباحا في نفسه لانا نقول ما فرض فيه الكلام وهو المال المسروق لا يكون
قط محرما الا لغيره وقت استخلاصه الحرمة لنفسه ثم قيل فعل الشارع القيلية التي اعلم الله انها تحصل بها السعادة وانما تبين انما
ذلك بتحقيق القطع فاذا قطع علمنا انه استخلص الحرمة حقا له في ذلك المال كما نعلم ان الاب يملك جارية ابنه من غير
تمليك من الابن له لظهور دعواه ولدها لا انا علمنا انه شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلمنا حكمه ثم انتقل الملك فيها اليه قبيل الوطء المعلق
التي علم ثم اتصال الوطء بها وكذا في اعتق عبدك عني بالف فهو من الاستدلال بمباينة المشروط على سبق الشرط فان قلت فما وجه رواية
الحسن في الضمان بالاستهلاك مع فرض ان العصمة انتقلت الى الله تعالى وصار المسروق كحرمة الميتة فينبغي ان لا يفترق الحال اجاب
المصنف عنه بقوله الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حق فعل آخر انما الضرورة في
نفي شبهة الاباحة عن فعل السرقة ضرورة وجوب القطع وكذا الشبهة اي شبهة الاباحة انما تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره
وهو الاستهلاك ووجه المشهور ان الاستهلاك وان كان فعلا آخر لكنه اتمام المقصود بالسرقة وهو الانتفاع بالمسروق فكان معتبرا
منها فتعتبر الشبهة فيه كما اعتبرت في السرقة وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان في فصل الاستهلاك لانتفاء المماثلة بين المال
المسروق والضمان لان المسروق غير معصوم حقا للعبد في حالة الاستهلاك فقط والضمان مال معصوم حقا في حالتي الهلاك والاستهلاك

قال ومن سرق سرقات فقطع في احداها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى المسئلة اذا حضر احدهم فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا من السرقات بالاتفاق لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائب فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي فاذا استوفى فالمستوفى كل الواجب الا ترى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون فصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك

فاذا انتفت المماثلة انتفى الضمان لان ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص بخلاف شرب خمر الذمي لانه اتلف مالا متقوما لغيره فيضمنه وفيه جناية على عقله وجعل حق الله تعالى فيه الحد فيحد بذلك فكانا حرمتين ومثله صيد الحرم المملوك وفي المبسوط روى هشام عن محمد انه انما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة فاما ديانة فيفتى بالضمان للحوق الخسران والنقصان للمالك من جهة السارق وفي الايضاح قال ابو حنيفة لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق منه وكذا لو خاطه قميصا لا يحل له الانتفاع لانه ملكه بوجه محظور وقد تعذر ايجاب القضاء به فلا يحل الانتفاع كمن دخل دار الحرب بامان واخذ شيئا من اموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة وكالباغي اذا اتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان وتعذر ايجاب الضمان لعارض ظهر اثره في حق الحكم واما ديانة فيعتبر قضية السبب **قوله** ومن سرق سرقات فقطع في احدها بخصومة صاحبها وحده فهو اي ذلك القطع لجميعها ولا يضمن شيئا لارباب تلك السرقات عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا السرقة التي قطع فيها فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا من السرقات بالاتفاق لهما ان الحاضر ليس نائبا عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة ولا خصومة من الغائب فلم تظهر الخصومة منهم فلم يظهر القطع لهم فاتهم فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند الحاكم فاذا كان الحكم الشرعي الثابت في نفس الامر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن كل الاسباب السابقة وجد لازمه وقوعه عنها وهو يلزم سقوطها كلها في نفس الامر علم القاضي بها او لم يعلم ولا اثر لعدم علمه بها في نفي الحكم الثابت شرعا عند القطع وهو وقوعه عن كل الاسباب يستلزم سقوط ضمانها فكان سقوط الضمان ثابتا وهو المطلوب

باب ما يحدث السارق في السرقة ومن سرق ثوبا فشقه في الدار قبل ان يخرجه من الحرز بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة بعد الشق قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع وان كان لا يساوي عشرة بعده لم يقطع بالاتفاق وان شقه بعد الاخراج قطع بالاتفاق وهو ظاهر واختلفت العبارات في افادة قول ابي يوسف في بعضها ما يفيد انه روي عنه وان الظاهر من قوله كقولهما وهي كلام الهداية وفخر الاسلام البزدوي والصدر الشهيد والعتابي حيث قالوا وعن ابي يوسف وكذا قول الاسبيجابي ذكر الطحاوي قول ابي يوسف مع محمد وقول محمد مع ابي حنيفة في الظاهر وشمس الائمة البيهقي زاد وقال في الكفاية وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة وفي بعضها ما يفيد انه الظاهر من قوله كقول صاحب الاسرار وقال ابو يوسف لا يقطع وكذا قال الحاكم الشهيد في الكافي قال ابو يوسف كل شيء يجب عليه قيمته ان شاء رب المتاع فلا قطع عليه وجه قوله ان السرقة ما تمت الا وقد انعقد للسارق فيه سبب الملك اذ بالخرق الفاحش ثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمة الثوب وتركه له وان كره ذلك وما انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به كما لو سرق المشتري المبيع الذي فيه خيار البائع ثم اسقط البائع الخيار فانه لا يقطع لذلك وهو ان السرقة تمت على عين غير مملوكة ولكن فيه سبب الملك للسارق ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان ولا يخفى ان المناسب ان يقول ان الشق وضع سببا للضمان لا للملك وثبوت ولاية الغيران يملك ليس سببا للملك بل السبب انما يثبت عند اختيار التضمين انما يكون تلك الولاية موجبة للسببية

وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه

اذا كان التصرف موضوعا للتمليك كالبيع فيما نحن فيه لانه ما وضع سببا للضمان فالفرق بين صورة الشق وصورة البيع ان نفس التصرف وضع للتمليك بخلاف الشق ولما كان الكلام ليس في الاخذ بل في الشق تكلف في تقريره بان قيل الاخذ سبب الضمان لانه عدوان محض لا للملك فكان كالشق عدوانا لكنا لا نعتبر في الاخذ شبهة وارثة للقطع بل القطع اجماعا كذلك الشق وانما يصير الشق سببا للضمان اذا اختار المالك التضمين فيثبت ضرورة اداء الضمان والقضاء به وما يثبت ضرورة لا يورث شبهة والا لثبت مثلها في نفس الاخذ لانه ايضا يحتمل ان يصير سببا للملك باداء الضمان كالشق فصار نظيرا ما اذا سرق البائع معيبا باعه ولم يعلم المشتري العيب فانه يقطع وان العقد سبب لرده بالعيب الذي يثبت الملك للبائع **قوله** وهذا الخلاف الخ الحاصل ان هذا الخلاف الكائن في القطع هو فيما اذا كان النقصان فاحشا واختار المالك تضمين النقصان واخذ الثوب فيقطع مع ذلك عندهما وعند ابي يوسف لا يقطع ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما لو ملكه اياه بالهبة بعد القضاء لا يقطع على ما تقدم ولو كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس للمالك تضمين كل القيمة فانتفى وجه ابي يوسف في عدم القطع في اليسير ثم اعلم ان الخرق يكون يسيرا ويكون فاحشا وتارة يكون اتلافا واستهلاكا وفيه يجب ضمان كل القيمة بلا خيار لانه استهلاك وعلى هذا لا يقطع لانه ما تمت السرقة الا فيما يملكه بالضمان قد حده التمرتاشي بان ينقص اكثر من نصف القيمة واما الخرق الفاحش فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فاحش وما دونه يسير والا بد ان يكون المعنى قصانا لم ينته الى ما يصير اتلافا والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة ذكره التمرتاشي واورد في الكافي على القطع مع ايجاب ضمان النقصان في الخرق اليسير ان فيه جمعا بين القطع والضمان واجاب فقال انما لا يجب كيلا يؤدي الى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل في جناية واحدة وهنا لا يؤدي اليه اذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب به الضمان لان عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع فينبغي ان لا يجب ضمان النقصان وعن هذا قال في الفوائد الخبازية وفي الصحيح لا يضمن النقصان كيلا يجتمع القطع مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا الثوب مشتركا بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالاجماع فلا يضمن النقصان والحق ما ذكر في عامة الكتب لامهات انه يقطع ويضمن النقصان والنقض بالاستهلاك غير وارد لان الاستهلاك هناك بعد السرقة بما سرق واستهلاك المسروق وما نحن فيه ما اذا انتقص قبل تمام السرقة فان وجوب قيمة ما انتقص ثابت قبل السرقة ثم اذا اخرجه من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حينئذ هو بملك المسروق الناقص ولم يضمنه اياه الا ترى الى قول الامام قاضي خان فان كان الخرق يسيرا يقطع ويضمن النقصان اما القطع فلانه اخرج نصابا كاملا من الحرز على وجه السرقة واما ضمان النقصان فلوجود سببه وهو التعييب الذي وقع قبل الاخراج الذي به تتم السرقة ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لان ضمان النقصان وجب بالاتلاف ما فات قبل الاخراج والقطع باخراج الباقي فلا يمنع كما لو اخذ ثوبين واحرق احدهما في البيت واخرج الآخر وقيمته نصاب اه وقول الباحث يملك ما ضمنه فيكون كثوب مشترك الخ غلط لان عند السرقة وهو الاخراج ما كان له ملك في المخرج فان الجزء الذي ملكه بالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها وحين وردت السرقة وردت على ما ليس فيه ذلك الجزء المملوك له **قوله** وان سرق شاة فذبحها

[illegible] ... لقطع ... [illegible] ... فان صبغها احمر ... [illegible]
[illegible]
[illegible] ... ابي يوسف ... [illegible] ... ابي حنيفة ... [illegible]
[illegible] ... الصبغ ... [illegible]
[illegible]
[illegible] ... يقطع ... [illegible]

باب قطع الطريق

قال واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما تبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم الامام حدا

ثم اخرجها لم يقطع ولو ساوت نصابا بعد الذبح لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه على ما مر لكنه يضمن قيمتها للمسروق منه **قوله** ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع بان كانت نصابا فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه عند ابي حنيفة وهو قول الائمة الثلاثة ويرد الدراهم والدنانير التي صنعها على المسروق منه وقالا لا يقطع ولا سبيل للمسروق منه عليها والخلاف مبني على خلاف آخر في الغصب وهو ما اذا غصب نقرة فضة فضربها دراهم لا ينقطع حق المغصوب منه عنده خلافا لهما وكذا لو كانت دراهم فضربها حليا فكذا هنا لا ينقطع بالصنعة حق المسروق منه في السرقة بناء على انها لم تتبدل فيقطع فالقطع لا يحيل على هذا اما عندهما فقد قيل لا قطع لانه ملك المسروق بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع لكن يجب عليه مثل ما اخذ وزنا من الذهب والفضة وقيل يقطع ولا شيء على السارق لانه لم يملك عين المسروق لانه بالصنعة صار شيئا آخر فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شيء عليه وجه قولهما ان هذه الصنعة متبدلة للعين كالصنعة في الحديد والصفر بان غصب حديدا او صفرا فجعله سيفا او آنية وكذا الاسم كان تبرا ذهبا فضة صار دراهم ودنانير وله ان هذه الصنعة في الذهب والفضة ولو تقومت وبدلت الاسم لم تغير موجودة شرعا بدليل انه لم تتعين بها حكم الربا حتى لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة بأحد عشرة فضة وقلبه فكانت العين كما كانت حكما فيقطع وتوخذ للمالك على ان الاسم باق وهو اسم الذهب والفضة وانما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم **قوله** ومن سرق ثوبا فصبغه احمر قطع باجماع العلماء ثم لا يوخذ منه الثوب عند ابي حنيفة وابي يوسف ولا القيمة وقال محمد يوخذ منه الثوب هو قول الائمة الثلاثة ويعطي قدر ما زاد الصبغ الثوب اعتبارا بالغصب فان غاصب الثوب اذا صبغه احمر لا ينقطع به حق المالك في الاسترداد اتفاقا فكذا في السرقة والجامع كون الثوب اصلا والصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة وهو ظاهر ومعنى لانه من حيث القيمة حتى لو اراد المسروق منه ان ياخذ الثوب يضمن قيمة الصبغ وحق المالك قائم صورة لا معنى فانه لو هلك واستهلك عند السارق لا يضمن فكان حق السارق احق بالترجيح كالموهوب له اذا فعله قطع حق الواهب في الرجوع لذلك بخلاف الغصب لان حق كل من المغصوب منه الثوب الغاصب الذي صبغه قائم صورة ومعنى لانه ما رجح المعنى في حق الغاصب وهو القطع فاستويا فرجحنا المالك بما ذكرنا من ان الصبغ تابع **قوله** وان صبغه اي السارق اسود ثم قطع او قطع فصبغه اسود يوخذ منه عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هذا والاول سواء فلا يوخذ منه لان السواد زيادة كالحمرة وهي مانعة من الاسترداد من السارق وعند محمد هو زيادة لكن الزيادة غير مانعة من الاسترداد كما قال في الحمرة وعند ابي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك في الاسترداد وقالوا وهذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان فان الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ويلبسون في زمنهما وفي شرح الطحاوي ولو سرق سويقا فلته بسمن او عسل فهو على الاختلاف في الصبغ اي الاحمر ليس للمالك على السارق سبيل في السويق وعند محمد ياخذه ويعطي ما زاد السمن والعسل

باب قطع الطريق اخره عن السرقة الكاملة لانه ليس سرقة مطلقة ولذا لا يتبادر هو وما دخل فيه من اطلاق لفظ السرقة بل انما يتبادر عن الناس ولكن اطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجازا الشرب من الاختفاء عن الامام ومن نصب الامام لحفظ الطرق ولباب الادراك فكان السرقة فيه مجازا ولذا لا تطلق السرقة عليه الا مقيدة فيقال السرقة الكبرى ولو قيل السرقة فالتقييد من علامات المجاز **قوله** واذا خرج جماعة ممتنعين لقوتهم ممن يقصد مقاتلتهم او واحد له منعة لقوته ونجدته

والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربعة هذه الثلثة المذكورة
والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد
بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة
على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلونا وشرط ان يكون المأخوذ
مال مسلم او ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد
كي لا يستباح طرفه الا بتناوله ماله خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كي لا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة
والحالة الثالثة كما بيناها لما تلونا ويقتلون حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع

اي اخذ المارة فاحوالهم بالنسبة الى الجزاء الشرعي اربعة وبالنسبة الى ما يوجد منهم خمسة لا بالنسبة الى الجزاء فقط الاولى ان يؤخذوا قبل
ان يأخذوا مالا ولا يقتلوا النفس بل لم يوجد منهم سوى مجرد اخافة الطريق الى من اخذوا فحكمهم ان يعزروا ويحبسوا الى ان تظهر توبتهم في
او يموتوا اما ان اخذوا مال مسلم او ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما تبلغ قيمته ذلك
فيقطع الامام يد كل منهم اليمنى ورجله اليسرى واما ان قتلوا مسلما او ذميا ولم يأخذوا شيئا فيقتلهم الامام حدا حتى لو عفت اولياء المقتول
لا يقبل عفوهم لان الحد خالص حق الله تعالى لا يعمل فيه عفو غيره فيقتل حتى لو حبسهم حتى يعدموا والرابعة ان يأخذوا المال ويقتلوا وسيأتي
وفي فتاوى قاضي خان وان قتل ولم يأخذ المال يقتل قصاصا او قبله حدا روايتان ذكرها الا ان يكون معه واذا ملكهم اخذ المال فلم يأخذوا شيئا
ومال الى القتل كما سنذكر في التعشير انه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن ابان وفيها ايضا ان خرج على قتله في الطريق ولو كان المقتول
ولم يأخذ المال ولم يقتل يعزر ويخلي سبيله وهو خلاف المعروف من انه يحبس حتى يتوب المذكور في الآية وهي بالنسبة الى ما يوجد منهم
المذكورة والخامسة ان يؤخذوا بعدما احدثوا توبة وتأتي ايضا في الكتاب والتقييد بمسلم او ذمي في عصمة المال ليخرج المستأمن فلو قطعوا
الطريق على مستأمن لا يلزمهم شيء مما ذكرنا الا التعزير والحبس باعتبار اخافة الطريق واخفار ذمة المسلمين لان ماله غير معصوم على التأبيد
وباقي الشروط من كون ذلك في برية لا في مصر ولا قرية ولا بين قريتين وغير ذلك مما نذكره سنشرحها ان شاء الله في ذلك كله في الكتاب مفصلا
والاصل فيه اي في توزيع الاجزية كما ذكرنا على الجنايات المذكورة قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا
ان يقتلوا او يصلبوا الآية سمى قاطع الطريق محاربا لله لان المسافر معتمد على الله تعالى فالذي يزيل امنه محارب لمن اعتمد عليه في تحصيل
الامن او هو على حذف مضاف اي يحاربون عباد الله وهو احسن من تقدير اولياء الله لان هذا الحكم يثبت بالقطع على الكافر الذمي
والمحاربة لرسوله اما باعتبار عصيان امره صلى الله عليه وسلم واما باعتبار ان الرسول هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوابه فاذا قطع الطريق التي تولى حفظها
بنفسه ونائبه فقد حاربه قوله والمراد من الآية التوزيع اي توزيع الاجزية المذكورة على انواع قطع الطريق وبه قال الشافعي والليث وحماد
وقتادة واصحاب احمد وقال عطاء وسعيد بن المسيب ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي وابو ثور وداود والامام مخير فيه على موجب او التخيير مطلقا
وقال مالك اذا رأى الامام القطع جلدا اذا رأى قتله وان كان جلدا الا رأى ان قتله ولنا ما روى محمد بسنده عن ابي يوسف عن الكلبي
عن ابي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا بردة هلال بن عويمر الاسلمي فجاء اناس يريدون
الاسلام فقطع عليهم اصحاب ابي بردة الطريق فنزل جبريل عليه السلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحد فيهم ان من قتل واخذ المال
صلب ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن اخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلما هدم الاسلام ما كان منه في الشرك وفي
رواية عطية عن ابن عباس من اخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال نفي وبالنظر الى المعنى وهو ان من المعلوم بداهة ان كلا
من القتل والصلب والقطع والنفي كما اجزية على جناية القطع ومن المعلوم ان هذه الجناية متفاوتة خفة وغلظا والعقل يقتضي بلا فرق
المحض لذلك يقتضي ان لا يجوز ان يترتب على غلظها اخف الاجزية المذكورة وعلى اخفها اغلظ الاجزية وهذا مما يدفعه قواعد الشرع والعقل
توجب القول بتوزيع الاغلظ للاغلظ والاخف للاخف وان في هذا التوزيع موافقة لاصل الشرع حيث يجب القتل بالقتل والقطع

والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد رحمه الله يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة في الصلب فيخير فيه

الا انه الا خذ لما كان اغلظ من اخذ السرقة حيث كان مجاهرة ومكابرة مع اشهار السلاح جعل المرة منه كالمرتين فتقطع في الاخذ مرة اليد والرجل معا من غير اشتراط كون النصاب فيه عشرين لان التغليظ في هذه الجناية من جهة الفعل لا متعلقه والموافقة قاعدة الشرع شرط في قطعهم كون المصيب كل واحد منهم نصابا كاملا كيلا يستباح طرفه باقل من النصاب فيخالف قاعدة الشرع ولم يشترط مالك سواء ان يكون الماخوذ نصابا فصاعدا اصاب كل انسان او لا وكون المقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى بالاجماع كيلا يفوت المنفعة وكذا الاحكام السابقة من انه لو كانت يسراه شلا لا يقطع يمينه وكذا رجله اليمنى لو كانت شلا لا تقطع اليسرى ولو كان مقطوع اليد اليمنى لا تقطع يده وكذا الرجل فان قلت ليس في الاية المذكورة الحبس قلت المراد بالنفي وذلك لان ظاهره لا يعمل به وهو النفي من الارض اي من وجه الارض لا يتحقق ما دام حيا وان حمل على بعضها وهي بلدته لا يحصل به المقصود وهو دفع اذاه عن الناس لانه اذا كان ذا منعة يقطع الطريق فيما يصل اليه من البلدة الاخرى فعلمنا بمجازه وهو الحبس فانه قد يطلق عليه انه خارج من الدنيا قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريف في الغرر خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى اذا جاءنا السجان يوما لحاجة عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا ولما رأى مالك رحمه الله ان مجرد النفي لا يفيد المقصود قال يحبس في بلدة النفي ومعلوم ان المقصود لا يتفاوت بالحبس في بلده او في غيره فيقع تعيين بلدة النفي في حيز الفائدة المطلوبة قوله والرابعة من انواع هذه الجناية ما اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم بلا صلب وقطع وان شاء صلبهم احياء ثم قتلهم وهذا قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف لا بد من الصلب للنص في الحد فلا يجوز ترك الحد كالقتل وبه قال الشافعي واحمد اجاب بان اصل التشهير يحصل بالقتل والمبالغة بالصلب ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صلب العرنيين ولا غيرهم صلب احد مع انه اظاهر التقل بحتم الصلب فان قوله ان يقتلوا او يصلبوا انما يفيد ان يقتلوا بلا صلب او يصلبوا بلا قتل لكن يقتل بعد الصلب معلوما بالاجماع وقال محمد لا يقطع ولكن يقتل او يصلب في عامة الروايات من المبسوط وشرح الجامع الصغير ذكر ابو يوسف مع محمد وبه قال ان كان القاطع ذا راى والشافعي واحمد مع ابي يوسف في انه لا بد من الصلب مع محمد في انه لا يقطع وجه قولهم انه جناية واحدة هي جناية قطع الطريق فلا يوجب حدين ولان ما دون النفس في باب الحد يدخل في النفس كحد السرقة والرجم اذا اجتمعا بان سرق المحصن ثم زنى فانه يرجم ولا يقطع اتفاقا ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وهذا على اعتبار ابي يوسف مع ابي حنيفة الا مع محمد ان هذه الجناية وان كانت واحدة باعتبار انه قطع الطريق فهذا المجموع من القطع والقتل ايضا عقوبة واحدة وانما تغلظت لتغلظ سببها حيث بلغ النهاية في تفويت الامن حيث فوت الامن على المال والنفس بالقتل واخذ المال وكونها امورا متعددة لا يستلزم تعدد الحدود في قطع الطريق الا ترى ان قطع اليد والرجل فيها حد واحد وهو في الصغرى حدان ولان مقتضى التوزيع الذي لزم اعتباره ان تعين القطع ثم القتل لان التوزيع ادى الى ان من اخذ المال قطع وهذا قد اخذه فيقطع وان من قتل يقتل ويصلب اذا قتل فيجب ان يجمع له بين القطع والقتل الا ان ذلك كان فيما اذا فعل ذلك على الانفراد فاما على الاجتماع فجاز ان يوخذ حكمه من الانفراد فجاز ذلك للامام وما ذكر من دخول ما دون النفس في النفس هو اذا كانا حدين احدهما دون النفس والاخر القتل اما اذا كان ذلك حدا واحدا

ثم قال ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي رحمه الله وعن الطحاوي رحمه الله انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به قال ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه يتغير بعدها فيتأذى الناس به وعن ابي يوسف رحمه الله انه يترك على خشبته حتى يتقطع ويسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه فان باشر القتل احدهم اجرى الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق قال والقتل وان كان بعصا او بحجر او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء لانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وان اخذ بعدما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤوا عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه

فلابد من اقامته فيه اجزاء حد واحد فيه انه ان اريد بالجزاء الذي لا يتلف به النفس فيحل الآخر وان اريد ما يتلف به لا يحل الآخر
لانتفاء الفائدة وهو الضرب بعد الموت قوله ثم قال اى القدوري هذا اذا اختار الامام صلبه اما اذا قلنا بلزومه على قول ابي يوسف انه
يصلبه حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي وجهه وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع لان المقصود الزجر وهو انما
يحصل في الحيوة لا بعد الموت الا ان يقال النص دل على ذلك فانه قال ان يقتلوا او يصلبوا فلزم كون الصلب بلا قتل لانه معادله
بحرف العناد فلا يتصادق معه والقتل الذي يعرض بعد الصلب ليس في اللفظ وعن الطحاوي يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة فانها
نسخت من لدن العرنيين على ما عرف لا يقال جواب الاول هو الاصح انه ابلغ في الردع هو المقصود وتأيد في الكافي وجه الطحاوي لانا نقول الحاصل ليس غير [illegible]
والثاني هو المعتاد منهم لان عادتهم القتل فليس مثلة عندهم كما هو في جدع الاذنين وقطع الانف وسمل العينين فان كان هنا مثلة فالصلب
ليس غيره وهو مقطوع بشرعيته فتكون هذه المسئلة الجانبية مستثناة من المنسوخ قطعا لا يحتمل الشك ثم يخلى بينه وبين اهله يدفنونه وعلمت
في باب الشهيد انه لا يصلى على قاطع الطريق قوله ولا يصلب اكثر من ثلاثة ايام لانه يتغير بعدها فيتأذى به الناس وعن ابي يوسف
انه يترك على خشبته حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير لازمة من النص كونه امر بالصلب لا يقتضي الدوام
بل بمقدار متعارف لابلاء الاعذار كما في مهلة المرتد وغيرها كما في مدة الخيار قوله واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه لما بيناه في
السرقة الصغرى من سقوط عصمته بالقطع قوله وان باشر القتل احدهم اى واحد منهم والباقون وقوف لم يقتلوا معه ولم يعينوا اجرى الحد
على جميعهم فيقتلوا ولو كانوا مائة بقتل واحد منهم واحدا لان القتل جزاء المحاربة التي فيها قتل بالنفس مع التوزيع والمحاربة تتحقق بان يكون
البعض ردءا للبعض حتى اذا انهزموا انحازوا اليهم وقد تحققت المحاربة مع القتل فيتعلق الجزاء بالكل وهو قول مالك واحمد خلافا للشافعي
قلنا حكم تعلق بالمحاربة فيستوي فيه المباشر والردء كالغنيمة ولا فرق بين كون القتل بسيف او عصا او حجر في قتل الكل وان لم يوجب ابو حنيفة
القصاص بالمثقل لان هذا ليس بطريق القصاص فان حد قطع الطريق مع القتل ليس بطريق القصاص فلا يستدعي المماثلة ولهذا يقتل
غير المباشر وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح فان كان من جراحة يجري فيها القصاص اقتص وما لا يجري فيه ذلك لزمه الارش ويعرف ما
يتنفس به ما لا يتنفس في الجنايات ان شاء الله تعالى وهذا لانه لا حد في هذه الجناية من قطع او قتل فظهر حق العبد فيستوفيه الولي وان اخذ
المال ثم جرح قطعت يده ورجله من خلاف وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس اي ما حل بها من تفريق اتصال
الجسم بالجراحات حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وكذا تبطل الجراحات اذا قتل فقتل حدا لان الحد والضمان لا يجتمعان قوله وان اخذ بعدما
تاب سقط الحد عنه بلا خلاف بالنص كما قال تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فان كان قد قتل فان شاء الاولياء قتلوه وان
شاؤوا عفوا عنه لان هذا القتل قصاص فيصح العفو عنه والصلح به ولا بد ان يكون قتل بحديدة ونحوه لان القصاص لا يجب الا به عند ابي حنيفة
وكذا اذا كان اخذ المال ثم تاب فان صاحبه ان شاء تركه وان شاء ضمنه ان كان هالكا ويأخذه ان كان قائما لانه لا قطع بعد التوبة لسقوط
الحد فظهر حق العبد في ماله كما في النفس في المبسوط والمحيط رد المال من تمام توبتهم لتنقطع به خصومة صاحبه ولو تاب ولم يرد المال لم يذكره
في الكتاب واختلفوا فيه فقيل لا يسقط الحد كسائر الحدود ولا تسقط بالتوبة وقيل تسقط اشار اليه محمد في الاصل لان التوبة تسقط الحد

وإن كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له أن المباشر أصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما أنه جناية واحدة قامت بالكل فإذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله إذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والأصح أنه مطلق لأن الجناية واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين

في السرقة الكبرى بعمومها الاقتصار في النص فلا يصح قياسها على باقي الحدود مع معارضة النص سائر الحدود ولا تسقط بالتوبة عندنا وقال مالك وأحمد في رواية والشافعي في قول تسقط وعندهما لقوله تعالى واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما وثبت قطعا بأن رجم ماعز والغامدية كان بعد توبتهما والآية منسوخة إنما كان ذلك في أول الأمر فاعرف هذا فنقول المراد أن التوبة تتوقف على رد المال ثم لا قطع في مسألة سببية التناقض لأنها إذا توقفت على رد المال فأخذ القاطع قبل الرد أخذ قبل التوبة والأخذ قبل التوبة بعد أخذ المال فيه الحد فيقطع اليد والرجل أجيب بفرض المسألة فيما إذا رد بعضه فإنه ساعية توبته فيكون ذلك شبهة في سقوطه الحد فيجب الضمان لو هلك الباقي أو استهلكه ومثل ما لو تاب بعد التوبة في سقوط الحد والرجوع إلى القصاص وليس ثم الأولياء فيه وفي المال بالواجد وقبل التوبة وقد قتلوا ولكن أتلفوا من المال قليلا لا يصيب كل نصاب فإن الأمر في القتل والجرح إلى الأولياء إن شاؤا قتلوا قصاصا وإن شاؤا عفوا وقال عيسى بن أبان يقتلهم الإمام حدا لأنهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيئا من المال قتلهم حدا فإذا أخذوا مع ذلك المال أولى وهذا لأن ما دون النصاب كالعدم ولا تتغلظ جنايتهم بأخذ شيء من المال فلا يسقط الحد والأصح ما ذكر في الكتاب لأن وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود وهم يقصدون بالقطع أخذ المال وقتلهم إلا ليتمكنوا البدء فإذا تركوا أخذ المال عرفنا أن قصدهم القتل لا القطع لأن القطع ليس إلا للمال فيقتص منهم إن شاء الولي ويجري فيه أحكام القصاص **قوله وإن كان من القطاع** صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فيظهر أحكام القصاص والتضمين للمال والجراحات وفي المبسوط لو فيهم عبد قطع يد حر فعلى مولاه أو فداه كما لو فعل في غير قطع الطريق وهذا لا قصاص بين العبيد والأحرار فيما دون النفس فيبقى حكم الدية والفداء فإن كانت فيهم امرأة فعلت ذلك فعليها دية اليد في مالها لأنه لا قصاص بين الرجال والنساء في الأطراف والواقع منها عمد لا تعقله العاقلة قال المصنف فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر وعن أبي يوسف أنه لو باشر العقلاء الأخذ والقتل يحد الباقون وإن باشر ذلك الصبي أو المجنون فلا حد على الباقين قيل كان الوجه أن يقول وقال أبو يوسف بعد أن قال المذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر أو يقول المذكور ظاهر الرواية عن أصحابنا وعن أبي يوسف كما قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي مجيزا ولم يذكر قول محمد والكتبي ليتولى العقلاء من الباقين فإن العقلاء مما لا في مقابلة الصبيان والمجانين وعلى هذا التقرير ... السغدي إن ولي الصبي أو المجنون أخذ المتاع سقط الحد عن الكل وإن ولي غيرهما قطعوا إلا الصبي والمجنون وقالت الأئمة الثلاثة والكرخي العام لا يسقط الحد عن غير الصبي والمجنون وذي الرحم لأنها شبهة اختص بها واحد فلا يسقط الحد عن الباقين لأبي يوسف أن المباشر أصل والردء تابع فبمباشرة العاقل الخلل في التبع والأصل بعد أن لا خلل في الأصل فيحد الباقون وفي عكسه وهو أن يباشر الصبي والمجنون ينعكس المعنى والحكم فالمعنى هو السقوط على الأصل لا ينعكس فإن السقوط في التبع فينعكس الحكم وهو عدم الحد فلا يحدون ولهما أي لأبي حنيفة ومحمد رحمه الله أن قطع الطريق جناية واحدة لأن الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غير أنها لا تتحقق في الغالب إلا بجماعة فكان الصادر من الكثير جناية واحدة قامت بالكل ثم إذا لم يقع فعل بعضهم موجبا للحد لشبهة أو عدم تكليف لا يوجب في حق الباقين ح لأن فعل الباقين ح بعض العلة وببعض العلة لا يثبت الحكم وصار كالخاطئ مع العامد إذا اجتمعا في قتل معصوم الدم

بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو مخصوص به اما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرنا فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي رحمه الله لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الحد اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا

يسقط القصاص عن الباقين واذا ذو الرحم فيقتل او وليه اي ان ذيل سقوط الحد عن الكل ان يكون المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي القطاع ذو رحم محرم من احدهم فلا يجب الحد على الباقين باعتبار تعيب ذي الرحم المحرم فتعتبر شبهة في تعيب الباقين فلا يجب الحد عليهم لان المأخوذ شيء واحد فاذا امتنع في حق احدهم بسبب القرابة يمتنع في حق الباقين فاما اذا لم يكن المال مشتركا فان لم يأخذوا المال الا من ذي الرحم المحرم فكذلك ان اخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المأخوذ من ذلك الغير والاصح انه يجري على الاطلاق وانهم لا يحدون بكل حال لان مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد لانه محرز بحرز واحد وهو القافلة والجناية واحدة وهي قطع الطريق فلا امتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف السرقة من حرزين لان كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الآخر حقيقة وحكما واذا كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع لا يحدون كذي الرحم المحرم قوله بخلاف ما اذا كان فيهم اي في المقطوع عليهم وهو القافلة مستأمن جواب عن مقدر هو ان القطاع على المستأمن وحده لا يوجب حد القطع كما على ذي الرحم المحرم ثم عند اختلاط ذي الرحم بالقاطع مع غيره من القافلة صار شبهة في الحد فكذا ينبغي عند اختلاط المستأمن لذلك وليس كذلك بل يقام الحد عليهم اجاب بان الامتناع في حق المستأمن انما كان لخلل في عصمة نفسه وماله وهو مخصوص به اما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد فصيركأن القريب يسرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء ان شاؤا عفوا وان شاؤا اقتصوا ويجري الحال في المال على ما ذكر من قريب ولو لم يقع القتل والاخذ الا في المستأمنين لا حد عليهم ولكن يضمنون اموال المستأمنين لثبوت عصمة اموالهم للحال وان لم يكن معصوما على التأبيد والله اعلم قوله واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه في دار واحدة فلا يجب الحد واذا لم يجب الحد يجب القصاص في النفس ان قتل عمدا بحديدة او بمثقل عندهما ورد المال ان اخذه وهو قائم وضمانه ان هلك او استهلك قوله ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة وهي منزل النعمان بن المنذر قريب من الكوفة بحيث يتصل عمران احدهما بالاخرى فليس بقاطع الطريق استحسانا وكذا بين القريتين وحد بعضهم مكان القطع ان يكون في قرية بينها وبين المصر مسيرة سفر في ظاهر الرواية وفي القياس يكون قاطعا وهو قول الشافعي فان في وجيزهم من اخذ في البلد الا مغالبة فهو قاطع طريق وعن ابي يوسف انه اذا كان خارج المصر ولو بقرب منه يجب الحد لانه لا يلحقه الغوث لانه محارب بل مجاهرة هنا اغلظ من مجاهرة في المفازة ولا تفصيل في النص في مكان القطع وعن مالك كل من اخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب وعنه لا محاربة الا على قدر ثلاثة اميال من العمران وتوقف احمد مرة واكثر اصحابه ان يكون بموضع لا يلحقه الغوث وعن ابي يوسف في رواية اخرى ان قصدوا بالسلاح نهارا في المصر فهو قاطع فان قصد بغيره من الخشب ونحوه فليس بقاطع وفي الليل يكون قاطعا بالخشب والحجر لان السلاح لا يلبث فيتحقق القطع قبل الغوث والغوث يبطئ بالليالي فيتحقق بلا سلاح وفي شرح الطحاوي الفتوى على قول ابي يوسف قال ونحن نقول ان قاطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر والقريب منه لان الظاهر لحوق الغوث ولست تعلم ان الحد المذكور في الآية لم ينط بمسمى قطع الطريق وانما هو اسم من الناس وانما انيط بمحاربة عباد الله على ما ذكرنا من تقدير المضاف وذلك يتحقق في المصر وخارجه ثم هذا الدليل المذكور لا يفيد تعيين مسيرة ثلاثة ايام بين المصر والقاطع ولا شك في ان ليس لحوق الغوث في

ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبين في الديات ان شاء الله تعالى وان خنق في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله اعلم

ذلك المقدار ظاهرا وهو ما علل به بالظاهر واذا قلنا انهم ليسوا قطاعا فسبيلهم ان يضربوا ويحبسوا وان قتلوا الزم القصاص واحكامه وان اخذوا المال ضمنوه واذا اتلفوه وعلى تقدير انهم قطاع ان قتلوا قتلوا احدا فلا يقبل عفو الاولياء فيهم ثم لا يضمنون على ما سمعت وقوله لما بينا اي من قوله لظهور حق العبد عند انتفاء الحد **قوله** (ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبينه ان شاء الله تعالى في الديات) وظاهر انها ليست مسئلة المثقل وانما المعنى انما مثلها في ثبوت الشبهة عنده في العمد حيث كانت الالة فيها قصور يوجب التردد في انه قصد قتله بهذا الفعل او قصد المبالغة في ايلامه او خال الضرر على نفسه فاتفق موته وعدم احتماله لذلك فان خنق غير مرة قتل الآن لانه ظهر قصده الى القتل بالتحقيق حيث عرف افضاؤه الى القتل ثم استمر لعيده لانه صار ساعيا في الارض بالفساد وكل من كان كذلك يدفع شره بالقتل **فروع** نص في الاصل على ان العبد والمرأة في حكم قطع الطريق كغيرهما اما العبد فظاهر واما المرأة فكغيرها في السرقة الكبرى في ظاهر الرواية وهو اختيار الطحاوي لان الواجب قتل وقطع وهي كالرجل في جريان كل منهما عليها عند تحقق السبب منها وذكر الكرخي ان حد قطاع الطريق لا يجب على النساء لان السبب هي المحاربة والمرأة باصل الخلقة ليست محاربة كالصبي الا ترى ان في استحقاق ما يستحق بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لا يسوى بين الرجل والمرأة فكذا في العقوبة المستحقة بالمحاربة ولكن يرد على هذا العبد فانه لا يساوي الحر في استحقاق الغنيمة ويساويه في هذا الحد ولم يحد الصبيان والمجانين لعدم الاهلية للعقوبة وذلك لا يوجد في النساء وذكر هشام في نوادره عن ابي يوسف اذا قطع قوم الطريق وفيهم امرأة فباشرت المرأة القتل واخذت المال دون الرجال فانه يقام الحد عليهم لا عليها وقال محمد يقام الحد عليها ولا يقام عليهم وذكر ابن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة انه يدرأ عنهم جميعا لكون المرأة منهم وجعل المرأة كالصبي والعجب ممن يذكر هذه اعني كون المرأة مع الرجال في القطع ثم يقتصر على ذكر الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فيها ويذكر حاصل ما بين الروايتين عنهما وترك نقل ما في المبسوط من انها كالرجال منسوب الى ظاهر الرواية مع مساعدة الوجه وورود النقض الصحيح على مختار الكرخي بالعبد كما ذكرنا وممن فعل ذلك صاحب الدراية وصاحب الفتاوى الكبرى والمصرفي التجنيس وغيرهما مع ضعف الاوجه المذكورة في الفرق مثل الفرق لضعف البنية في اصل الخلقة ومثل ذلك من الكلام الضعيف مع مصادمته اطلاق الكتاب في المحاربة ولا فوق الا بالعدو ما في النوازل من قوله عشر نسوة قطعن الطريق فقتلن واخذن المال قتلن وضمن المال بناء على غير الظاهر من انهن لسن بمحاربات وعلله بان المرأة اذا قاتلت العدو واسرت لم تقتل وانما قتلن لقتلهن والضمان لاخذهن المال ويثبت قطع الطريق بالاقرار مرة واحدة وابو يوسف شرط مرتين كقوله في السرقة الصغرى ويقبل رجوع القاطع كما في السرقة الصغرى فيسقط الحد ويؤخذ بالمال ان كان اقر به معه وبالبينة بشهادة اثنين على معاينة القطع او الاقرار فلو شهد احدهما بالمعاينة والآخر على اقرارهم به لا تقبل ولا يقبل الشهادة بالقطع على اب الشاهد وان علا وابنه وان سفل ولو قالا قطعوا علينا وعلى اصحابنا واخذوا مالنا لا تقبل لانهما شهدا لانفسهما ولو شهدوا انهم قطعوا على رجل من عرض الناس ولا ولي يعرف لا يقام الحد عليهم الا بحضرة من الخصم ولو قطعوا في دار الحرب على تجار مستأمنين او في دار الاسلام في موضع غلب عليه اهل البغي ثم اتى بهم

كتاب السير

الى الامام لا يمضي عليهم الحد لانهم باشروا السبب حين لم يكونوا تحت يده وفي موضع لا يجري فيه حكمه فلا ينعقد فعلهم موجبا عليه الاقامة عليهم ولا بفعله ومثله تقدم في الزنا في دار الحرب ولو رفعوا الى قاض يرى تضمينهم المال فضمنهم وسلمهم الى اولياء القود فصالحوهم على الدية ثم رفعوا بعد زمان الى قاض آخر لم يقم عليهم الحد اما لتقادم العهد وفيه نظر او لعدم الخصم وقد سقط حضورهم بما فعل الاول او لقضاء الاول فمنع ذلك لنفاذه اذ هو في فصل مجتهد فيه من تقرر الضمان واذا قضى القاضي عليهم بالقتل وحبسهم لذلك فذهب اجنبي فقتلهم لا شيء عليه وكذا لو قطع يده لانه لما سقطت حرمة نفسه سقطت حرمة اطرافه ولو قتله قبل ان يثبت عليه ثم قامت البينة بقطعه للطريق اقتص منه لانه قتل نفسا معصومة ثم لا يقضي القاضي بحل دمه بهذه البينة بعد ما قتل لفوات المحل فوجود هذه البينة كعدمها الا ان يكون القاتل ولي الذي قتله القاطع في قطع الطريق فلا يلزمه شيء لظهور انه استوفى حق نفسه ولو ان لصوصا اخذوا امتاع قوم فاستغاثوا القوم وخرجوا في طلبهم ان كان ارباب المتاع معهم حل قتالهم وكذا اذا غابوا والخارجون يعرفون مكانهم ويقدرون على رد المتاع عليهم وان كانوا لا يعرفون مكانهم ولا يقدرون على الرد عليهم لا يجوز لهم ان يقاتلوهم لان القتال لاسترداد المال على ارباب الاموال ولا قدرة على الرد ولو اقتتلوا مع قاطع فقتلوه لا شيء عليهم لانهم قتلوه لاجل المال فان فر منهم الى موضع لو تركوه لا يقدر على قطع الطريق عليهم فقتلوه كان عليهم الدية لانهم قتلوه لاجل المال ولو فر حتى لم يلحقوه فلحقوه وقد القى نفسه الى مكان لا يقدر معه على قطع الطريق فقتلوه كان عليهم الدية لان قتلهم اياه لا لاجل الخوف على الاموال ويجوز للرجل ان يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتله عليه لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

كتاب السير

اورد الجهاد عقيب الحدود ولعمري ان تناسبهما بوجهين باتحاد المقصود من كل منهما من مضمون هذا الكتاب هو اخلاء العالم عن الفساد ويكون كل منهما حسنا لحسن غيره وذلك الغير هو اعلاء كلمة الله تعالى تتادى بفعل نفس المامور به وهو القتال وسبب تأخيره عنهما لوجهين كون الفساد المطلوب الاخلاء عنه بالجهاد اعظم كل فساد واقبحه والعادة في التعاليم الشروع فيها على وجه الترقي من الادنى الى ما هو اعلى منه وكونه معاملة مع الكفار والحدود معاملة مع المسلمين وتقديم ما يتعلق بالمسلمين اولى ولا يخفى ان له مناسبة خاصة بالعبادات فلذا اورده بعض الناس عقيبها قبل النكاح لانه عبادة محضة بخلاف النكاح والسير جمع سيرة وهي فعلة بكسر الفاء من السير فتكون لبيان هيئة السير وحالته لان فعلة للهيئة كجلسة وخمرة وقد استعملت كذلك في السير المعنوي حيث قالوا في عمر بن عبد العزيز سار فينا بسيرة العمرين لكن غلب في لسان اهل الشرع على الطرق المامور بها في غزو الكفار وكان سبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة وقد يقال كتاب الجهاد وهو ايضا اعم غلب في عرفهم على جهاد الكفار وهو دعوتهم الى الدين الحق وقتالهم ان لم يقبلوا وفي غير كتب الفقه يقال كتاب المغازي وهو ايضا اعم لانه جمع مغزاة مصدر ميمي سماعيا للغزو دال على الوحدة والقياس غزو وغزوة للوحدة كضربة وهو قصد العدو للقتال خص في عرفهم بقتال الكفار هذا وفضل الجهاد عظيم وكيف وحاصله بذل اعز المحبوبات وادخال اعظم المشقات عليه وهو نفس الانسان ابتغاء مرضاة الله وتقربا اليه تعالى بذلك واشق منه قصر النفس على الطاعات في النشاط والكسل على الدوام ومجانبة اهويتها ولذا قال صلى الله عليه وسلم وقد رجع من غزاة رجعنا من الجهاد الاصغر الى الجهاد الاكبر ويدل على هذا انه صلى الله عليه وسلم

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه

بخيره في الفضيلة عن الصلوة على وقتها ففي حديث ابن مسعود قلت يا رسول الله اي الاعمال افضل قال الصلوة على ميقاتها قلت ثم
اي قال بر الوالدين قلت ثم اي قال الجهاد في سبيل الله ولو استزدته لزادني رواه البخاري وقد جاء ما يقتضي افضليته بعد الايمان ففي حديث
ابي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم اي العمل افضل قال الايمان بالله ورسوله قيل ثم ماذا قال الجهاد في سبيل الله قيل ثم
ماذا قال حج مبرور متفق عليه وهذه وان كانت صورة معارضة لكن الجمع بينهما يحمل على ما يليق بحال السائل فما اذا كان السائل يليق
به الجهاد لما علم من تهيئه له واستعداده او زيادة على غيره كان الجهاد بالنسبة اليه افضل ممن ليس مثله في الجلادة والغناء ففيه تنبيه ان المذكور
في الحديث السابق الصلوة على وقتها وتلك هي الفرائض وفي هذا الاثر دل ان المواظبة على اداء فرائض الصلوة واقامتها في
اوقاتها على ما هو المراد من قوله الصلوة على ميقاتها افضل من الجهاد لان هذه فرض عين وتتكرر والجهاد ليس كذلك ولان افتراض
الجهاد ليس الا للايمان واقامة الصلوة فكان مقصودا وحسنا لغيره بخلاف الصلوة حسنة لعينها وهي المقصود منه على ما صرح به صلى الله
عليه وسلم في حديث معاذ وفيه طول الى ان قال والذي نفس محمد بيده ما شحب وجه ولا اغبرت قدم في عمل تبتغى به درجات الآخرة
بعد الصلوة المفروضة كجهاد في سبيل الله صححه الترمذي واذا ثبت في هذا عندنا وجب ان نعتبر كل من الصلوة والزكوة
مرادة بلفظ الايمان في حديث ابي هريرة ويكون من عموم المجاز او يتجه بزيادة ثقة الراوي وهو ابن مسعود فتعتبر فيما عندنا من
الاحاديث السابقة والحق انه ليس فيه معارضة لانه لم يذكر الصلوة فيه اصلا فانما فيه انه جعل الجهاد بعد الايمان فهو يصدق
اذا كان بعد الصلوة وهي قبله بعد الايمان فلا معارضة الا اذا نظرنا الى المقصود ومن الاحاديث في ذلك عن عمران بن
حصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مقام الرجل في الصف في سبيل الله افضل عند الله من عبادة الرجل ستين
سنة رواه الحاكم وقال على شرط البخاري وعن ابي هريرة قيل يا رسول الله ما يعدل الجهاد في سبيل الله قال لا تستطيعونه فاعادوا
عليه مرتين او ثلاثا كل ذلك يقول لا تستطيعونه ثم قال مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم القانت بآيات الله لا يفتر
من صلوة ولا صيام حتى يرجع المجاهد في سبيل الله متفق عليه وعن ابي هريرة رضي الله عنه مرفوعا من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا بالله وتصديقا
بوعده فان شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيمة رواه البخاري ومن توابع الجهاد الرباط وهو الاقامة في مكان يتوقع هجوم العدو فيه
لقصد دفعه لله تعالى والاحاديث في فضله كثيرة منها في صحيح مسلم من حديث سلمان سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول رباط
يوم في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه وان مات فيه اجري عليه عمله الذي كان يعمل واجري عليه رزقه وامن الفتان رواه
مسلم زاد الطبراني وبعث يوم القيمة شهيدا وروى الطبراني باسناد ثقات في حديث مرفوع ومن مات مرابطا امن من الفزع
الاكبر وروى ابن ماجه باسناد صحيح عن ابي هريرة وبعثه الله يوم القيمة آمنا من الفزع وعن ابي امامة عنه صلى الله عليه وسلم قال ان
صلوة المرابط تعدل خمسمائة صلوة ونفقة الدينار والدرهم منه افضل من سبعمائة دينار ينفقه في غيره هذا واختلف في
المحل الذي يتحقق فيه الرباط فقيل لا يتحقق في كل مكان بل في الثغور الا ان يكون في موضع لا يكون وراءه اسلام وقيل ان ما دونه
لو كان وراءه فحل المسلمين في بلادهم مرابطون وقال بعضهم اذا اغار العدو على موضع مرة يكون ذلك الموضع

قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة واراد به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد فى نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام فان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان فى اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الاية وقال فى الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين فى سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل

ربا طا الى اربعين سنة واذا اغار مرتين يكون رباطا الى مائة وعشرين سنة واذا اغار ثلث مرات يكون رباطا الى يوم القيامة وفى الفتاوى الكبرى والمختار هو الاول واعلم ان ما ذكر من كون محل الرباط ما وراء المسلمين ذكر فى حديث عن معاذ بن انس عنه صلى الله عليه وسلم من حرس من وراء المسلمين فى سبيل الله تبارك وتعالى متطوعا لا ياخذه سلطان لم ير النار بعينه الا تحلة القسم فان الله تعالى يقول وان منكم الا واردها رواه ابو يعلى وفيه محتمل فى المتابعات وليس يستلزم كون ذلك باعتبار المكان فقد وردت احاديث كثيرة ليس فيها سوى الحراسة فى سبيل الله ولنختم هذه المقدمة بحديث البخارى عن ابى هريرة عنه قال تعس عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد الخميصة زاد فى رواية وعبد القطيفة ان اعطى رضى وان لم يعط سخط تعس وانتكس واذا شيك فلا انتقش طوبى لعبد اخذ بعنان فرسه فى سبيل الله اشعث رأسه مغبرة قدماه ان كان فى الحراسة كان فى الحراسة وان كان فى الساقة كان فى الساقة ان استاذن لم يؤذن له وان شفع لم يشفع له قوله الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين وهذا وقع موقع تفسير فرض الكفاية اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر وقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقوله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة وقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم وانفسكم فى سبيل الله وقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وبهذه ينتفى ما نقل عن الثورى وغيره انه ليس بفرض وان الامر به للندب وكذا كتب عليكم كقوله كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية ونقل عن ابن عمر رضى الله عنهم ويجب حمله ان صح على انه ليس بفرض عين فان قلت كيف يثبت الفرض وهى عمومات مخصوصة والعام المخصوص ظنى الدلالة وبه لا يثبت الفرض والجواب ان المخرج من الصبيان والمجانين مخصوصة بالعقل على ما عرف وبالتخصيص به لا يصير العام ظنيا واما غيرها فتخصيص الفعل ابتداء تعلق بغيرها فلم يكن من قبيل المخصوص وذلك ان النص مقرون بما يقيده بغيرهم من بحيث يحارب كقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة فافاد ان قتالنا المأمور به جزاء لقتالهم وسبب عنه وكذا قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة اى لا تكون منهم فتنة للمسلمين عن دينهم بالاكراه بالضرب والقتل وكان اهل مكة يفتنون من اسلم بالتعذيب حتى يرجع عن الاسلام على ما عرف فى السير فامر الله سبحانه بالقتال لكسر شوكتهم فلا يقدرون على تفتين المسلم عن دينه فكان الامر ابتداء بقتال من بحيث يحارب من المشركين وقد اكد ذلك صلى الله عليه وآله وسلم فى بعض الروايات الصحيحة بحديث النهى عن قتل النساء حين رأى المقتولة وقال عليه السلام ما كانت هذه تقاتل واما قوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيمة فدليل على وجوبه وانه لا ينسخ وهذا لان الخبر الواحد لا يفيد الافتراض ولو صح الا انه اذا ايد خبر الواحد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية ممنوع بل المفيد حينئذ الكتاب والاجماع وجاء الخبر على وفقهما والحديث رواه ابو داود من حديث انس قال قال صلى الله عليه وسلم ثلث من اصل الايمان الكف عمن قال لا اله الا الله لا تكفره بذنب ولا تخرجه من الاسلام بعمل والجهاد ماض منذ بعثنى الله الى ان يقاتل آخر امتى الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل والايمان بالاقدار وفيه يزيد ابن ابى نشبة من بنى سليم لم يرو عنه الا جعفر بن برقان وعن هذا والله اعلم قال المنذرى هو فى معنى المجهول ولا شك ان اجماع الامة ان الجهاد ماض الى يوم القيمة فلا تتغير ونسخة بعد النبى صلى الله عليه وسلم وانه لا قائل ان تقاتل آخر الامة الدجال ينتهى وجوب الجهاد واما كونه على الكفاية فلان المقصود منه ليس مجرد ابتلاء المكلفين بل اعزاز الدين

وقتال الكفار واجب وان لم يبدءونا للعمومات

ودفع شر الكفار عن المؤمنين بدليل قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله فاذا حصل ذلك بالبعض سقط عن الباقين لحصول ما
هو المقصود منه كصلوة الجنازة المقصود منها قضاء حق الميت والاحسان اليه وذهب ابن المسيب الى انه فرض عين تمسكا
بعموم الادلة المذكورة فان قيل ثبت بها فرض الاعيان قلنا نعم لولا قوله تعالى لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير اولي الضرر والمجاهدون
الاية الى قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وفضل الله المجاهدين على القاعدين اجرا عظيما ولانه لو كان فرضا عينا لاشتغل الناس كلهم به
فيتعطل المعاش على ما لا يخفى بالزراعة والجلب بالتجارة ويستلزم قطع مادة الجهاد من الكراع اعني الخيل والسلاح والاقوات فيؤدي
ايجابه على الكل الى تركه للعجز فلزم ان يجب على الكفاية ولا يخفى ان لزوم ما ذكر انما يثبت اذا لزم في كونه فرض عين ان يخرج الكل
من الامصار دفعة واحدة وليس ذلك لازما بل يكون كالحج على الكل ولا يخرج الكل بل يلزم كل واحد ان يخرج فتخرج مرة طائفة وفي مرة
طائفة اخرى وهكذا وهذا لا يستلزم تعطيل المعاش فالمعول عليه في ذلك نص لا يستوي القاعدون ثم هذا اذا لم يكن النفير عاما فان كان بان
هجموا على بلدة من بلاد المسلمين فيصير من فروض الاعيان سواء كان المستنفر عدلا او فاسقا فيجب على جميع اهل تلك البلدة النفر
وكذا من يقرب منهم ان لم يكن باهلها كفاية وكذا من يقرب ممن يقرب ان لم يكن ممن يقرب كفاية او تكاسلوا وعصوا وهكذا الى ان يجب على
جميع اهل الاسلام شرقا وغربا كجهاز الميت والصلوة عليه يجب اولا على اهل محلته فان لم يفعلوا عجزا وجب على من ببلدهم على ما ذكرنا
هكذا ذكروا وكان معناه اذا دام الحرب بقدر ما يصل الا بعدون ويبلغهم الخبر والا فهو تكليف ما لا يطاق بخلاف انقاذ الاسير وجوبه على الكل
من اهل المشرق والمغرب ممن علم ويجب ان لا ياثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم او قعود السلطان او منعه
واستدل على ذلك بقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا قيل المراد به ركبانا ومشاة وقيل شبابا وشيوخا وقيل عزابا ومتزوجين وقيل اغنياء
وفقراء وينبغي ان يتناول قولا اخر وهي كل من هذه اي انفروا مع كل حال من هذه الاحوال وحاصله انه لم يعذر احد فافاد العينية وفيه نظر لان
الجهاد على كل من ذكر في التفسير المذكور على الكفاية فلا يفيد تعيينها العينية بل الحق ان هذه الاية وما تقدم من الايات كلها لافادة الوجوب ثم
تعرف الكفاية بالاية المتقدمة واما العينية في النفير العام فبالاجماع لانه من اغاثة الملهوف المظلوم هذا من جهة الدراية ثم ذكر الرواية وهو قول محمد رحمه الله الجهاد
واجب والمسلمين في سعة من تركه حتى يحتاج اليهم قال فاول هذا الكلام يعني قوله واجب وانهم في سعة يشير الى الوجوب على الكفاية فانه يكون من ان يأثم
الكل الا لم يكن واجبا فهو ترك البعض واخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم يفيد العينية اذ صار الحاصل انه واجب يسع البعض تركه الا ان يحتاج الى الكل
ولابد من الاستطاعة فيخرج المريض المدنف اما الذي يقدر على الخروج دون الدفع ينبغي ان يخرج لتكثير السواد فان فيه ارهابا وانفر النفر
نفروا وتغير اذا خرجوا قوله وقتال الكفار الذين لم يسلموا وهم من مشركي العرب او لم يسلموا ولم يعطوا الجزية من غيرهم واجب وان
لم يبدءونا لان الادلة الموجبة له لم تقيد الوجوب ببداءتهم وهذا معنى قوله للعمومات لا عموم المكلفين لانه انما يفيد الوجوب على كل واحد فقط اما
اطلاق العمومات في بداءتهم وعدمها خلافا لما نقل عن الثوري والزمان الناص كالاشهر الحرم وغيرها خلافا لعطاء ولقد استبعد ما عن
الثوري وتمسكه بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه لا يخفى عليه نسخه وصريح قوله في الصحيحين وغيرهما امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا
لا اله الا الله الحديث يوجب ان يبداهم بادنى تامل وحاصر صلى الله عليه وسلم الطائف لعشر بقين من ذي الحجة الى اخر المحرم

ولا يجب الجهاد على الصبي لأن الصبا مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا أعمى ولا مقعد ولا أقطع لعجزهم فإن هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير إذن زوجها والعبد بغير إذن المولى لأنه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الأعيان كما في الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير لأن بغيرهما مقنعا فلا ضرورة إلى إبطال حق المولى والزوج ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء لأنه يشبه الأجر ولا ضرورة إليه لأن مال بيت المال معد لنوائب المسلمين فإذا لم يكن فلا بأس بأن يقوي بعضهم بعضا لأن فيه دفع الضرر الأعلى بإلحاق الأدنى يؤيده أن النبي عليه السلام أخذ دروعا من صفوان وعمر رض كان يغزي الأعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد

أو إلى شهر وقد يستدل على نسخ الحرمة في الأشهر الحرم بقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهو بناء على التجوز بلفظ حيث في الزمان ولا شك أنه كثر في الاستعمال **قوله** ولا يجب الجهاد على صبي الخ الوجه الظاهر أن يقال لأنه غير مكلف وفي الصحيحين عن ابن عمر رض عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة الحديث ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج بإذن الله الذي هو صاحب الحق على حقه ومبنى هذا الكلام أن حق السيد والزوج حق متعين بإذن الله تعالى على ذلك العبد وتلك المرأة فلو تعلق بهما الجهاد لزم إطلاق فعله لهما وطاعته يستلزم إطلاق ترك حق المولى والزوج فلو تعلق بهم لزم إبطال حق جعله الله متعينا لحق لم يجعله متعينا عليه وهذا اللازم باطل فلا يتعلق بهم وهو المطلوب ثم على هذا التقدير يكونون مخصوصين من العمومات لدليل مقارن وهو العقل بخلاف ما إذا صار فرض عين لأن حقهم لم يظهر في حق فروض الأعيان ثم لو أمر السيد والزوج العبد والمرأة بالقتال يجب أن يصير فرض كفاية ولا نقول صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوج حتى إذا لم يقاتل في غير النفير العام يأثم لأن طاعتهما المفروضة عليهما في غير ما فيه المخاطرة بالروح وإنما يجب ذلك على المكلفين بخطاب الرب جل جلاله بذلك والفرض انتفاؤه عنهم قبل النفير العام وعن هذا حرم الخروج إلى الجهاد وأحد الأبوين كاره لأن طاعة كل منهما فرض عليه والجهاد لم يتعين عليه كما علمت أن في خصوصه أحاديث منها ما في صحيح البخاري عن عبد الله بن عمرو جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستأذنه فقال أحي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد وقد سلف صحيح آنفا حديث ابن مسعود وقدم فيه بر الوالدين على الجهاد وفي سنن أبي داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جئت أبايعك على الهجرة وتركت أبوي يبكيان فقال ارجع إليهما فأضحكهما كما أبكيتهما وفيه عن الخدري أن رجلا هاجر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من اليمن فقال هل لك أحد باليمن قال أبواي قال أذنا لك قال لا قال فارجع فاستأذنهما فإن أذنا لك فجاهد وإلا فبرهما وأما الأعمى وما بعده فقال تعالى ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج وقال تعالى ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج إذا نصحوا لله ورسوله والمقعد الأعرج قاله في ديوان الأدب **قوله** ويكره الجعل يريد بالجعل هنا أن يكلف الإمام الناس بأن يقوي بعضهم بعضا بالكراع والسلاح وغير ذلك من النفقة والزاد والفيء للمسلمين هو المال المأخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية وأما المأخوذ بقتال فيسمى غنيمة لأنه لا ضرورة عليه لأن مال بيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا الوجه يوجب ثبوت الكراهة على الإمام بخصوصه والوجه الآخر وهو أن الجعل يشبه الأجرة وحقيقة الأجرة على الطاعة حرام فما يشبهها مكروه يوجبها على الغازي على الإمام كراهة تشبيه في المكروه وحقيقة الجعل ما يجعل للإنسان في مقابلة شيء يفعله والمراد هنا أن يعطي لمن يشتري [illegible] الكفاية لأنه لا يسعه أن يأخذ مرتبه من المال الذي [illegible] بيت المال على الإمام ثم إذا لم يقدروا على الجهاد فاتوا على حاجتهم وعيالهم إن كان لهم تعليم استحقاقهم من بيت المال بعد أن يكون في ذلك تشريكات للجهاد مع حاجة المقام أما إذا لم يكن في بيت المال فيء لا يكره أن يكلف الإمام الناس ذلك على نسبة عدل لأن به دفع الضرر الأعلى وهو تعدي شر الكفار إلى المسلمين بإلحاق الضرر الأدنى واستأنس المصنف لهذا بأنه صلى الله عليه وسلم أخذ دروعا من صفوان بن أمية وبأن عمر رض كان يغزي الأعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد أما قصة صفوان فلا شك أن النبي صلى الله عليه وسلم أرسل يطلب منه

باب كيفية القتال

واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام قال فان اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به امر رسول الله عليه السلام امراء الجيوش ولانه احد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور في القرآن والله اعلم ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان يدعوه لقوله عليه السلام في وصية امراء الاجناد فادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح ان النبي عليه السلام اغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة رضي الله عنه ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة

ادرعا عند خروجه الى حنين ففي سيرة ابن اسحق اربع مائة درع وكان صفوان اذ ذاك على شركه فانه كان طلب من النبي صلى الله عليه وسلم ان يسيره شهرين فقال النبي صلى الله عليه وسلم سير لك اربعة اشهر ثم عرض الخروج من مكة الى حنين فارسل يطلب ذلك فقال يا محمد اغصبا قال لا بل عارية مضمونة فجمعها ثم استحملها يا حملها على ثلاثين بعيرا وفي مسند احمد قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي عليه السلام ان يضمنها فقال لا انا اليوم في الاسلام ارغب وهذا لا يطابق نفس المدعى وهو تكليف الامام المسلمين بان يعينوا الخارجين ولا يفيد ذلك الا الالتزام فان ما فعله الامام في المتكلم فيه لا ياخذه على ان يضمنه لهم من بيت المال نعم فيه ان عند الحاجة يتوسل الى الجهاز اذا لم يكن بالمسلمين قوة بالاستعارة من اهل الذمة بشرط الضمان لهم واما ما عن عمر رضي الله عنه فظاهر فيه لكن يعني تورية عنه ليس الا لانه ياخذ الجهاز منه والا فهو غاز عن نفسه وان اعطاه من بيت المال واما قوله ليعطي الشاخص فرس من لا يخرج فلا تصريح فيه والحديث رواه ابن سعد في الطبقات عن محمد بن عمر الواقدي بسنده عن عمر رضي الله عنه انه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة وليس فيه امر الفرس وروى ابن ابي شيبة ثنا حفص بن غياث عن عاصم عن ابي مجلز قال كان عمر يغزي العزب وياخذ فرس المقيم فيعطيه المسافر

باب كيفية القتال لما ذكر ان القتال لازم فلا بد ان يفعل وفعله على حد مخصوص شرعا فلا بد من بيانه فشرع فيه فقال (واذا دخل المسلمون دار الحرب) يصح ان يكون عطفا على قوله الجهاد فرض على الكفاية عطف جملة وان يكون واو استئناف (فحاصروا مدينة) وهي البلدة الكبيرة فعيلة من مدن بالمكان اقام به (او حصنا) وهو المكان المحصن الذي لا يتوصل الى ما في جوفه (دعوهم الى الاسلام) فان لم تبلغهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب لانه صلى الله عليه وسلم امر بذلك امراء الاجناد فمن ذلك ما اخرج الجماعة الا البخاري من حديث سليمان بن بريدة عن ابيه والفاظ بعضهم تزيد على بعض مع تقارب قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا امر اميرا على جيش او سرية اوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا واذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى احدى خصال ثلاث او خلال فايتهن ما اجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الاسلام فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين واعلمهم انهم ان فعلوا ذلك ان لهم ما للمهاجرين وان عليهم ما على المهاجرين فان ابوا ان يتحولوا منها فاخبرهم انهم يكونون كاعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المؤمنين ولا يكون لهم في الفيء والغنيمة نصيب الا ان يجاهدوا مع المسلمين فان هم ابوا فسلهم الجزية فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن بالله وقاتلهم واذا حاصرت اهل حصن فارادوك ان تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة اصحابك فانكم ان تخفروا ذممكم وذمة اصحابكم خير من ان تخفروا ذمة الله وذمة نبيه واذا حاصرت اهل حصن فارادوك ان تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم فانك لا تدري اتصيب حكم الله فيهم ام لا ثم اقضوا فيهم بعد ما شئتم وفي الاحاديث في ذلك كثرة وفي نفس هذا الحكم شهرة واجماع ولان بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على اخذ اموالهم وسبي عيالهم فربما يجيبون الى المقصود من غير قتال فلا بد من الاستعلام واما حديث ابن عباس المذكور في الكتاب فرواه عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن

قال فان ابوا ذلك استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله عليه السلام على الطائف وحرقوهم لانه عليه السلام احرق البويرة **قال** وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا

ابن ابي نجيح عن ابيه عن ابن عباس قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم رواه الحاكم وصححه قوله ولو قاتلوهم قبل الدعوة اثموا ولكن لا غرامة بما اتلفوا من نفس ولا مال من دية ولا ضمان لان مجرد حرمة القتل لا توجب ذلك كما لو قتلوا النساء والصبيان وذلك لانتفاء العاصم وهو الاسلام والاحراز بدار الحرب وفي المحيط بلوغ الدعوة حقيقة او حكما بان استفاض شرقا وغربا انهم الى ماذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فاقيم ظهوره مقامها انتهى ولا شك في ان بلاد الله تعالى من لا شعور له بهذا الامر فيجب ان المدار عليه ظن ان هؤلاء لم تبلغهم الدعوة فاذا كانت بلغتهم لا تجب ولكن يستحب ما عدم الوجوب فلما في الصحيحين عن ابن عون كتبت الى نافع اسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب الى انما كان ذلك في اول الاسلام قد اغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وانعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم واصاب يومئذ جويرية بنت الحارث حدثني به عبد الله بن عمر وكان في ذلك الجيش وروى ابو داود وغيره عن اسامة بن زيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد اليه فقال اغز على ابنى صباحا وحرق قوله الغارة لا تكون مع دعوة وابنى بوزن حبلى موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة ويقال يبنى بياء مضمومة احد الحروف وقيل اسم قبيلة واما الاستحباب فلان التكرار قد يجدي المقصود فينعدم الضرر الاعلى وقيد هذا الاستحباب بان لا يتضمن ضررا بان يعلم بانهم بالدعوة يستعدون او يحتالون او يتحصنون فان غلبة الظن في ذلك بما يظهر من احوالهم كالعلم بل هو المراد واما حقيقة فيتعذر الوقوف عليها فان اجاب المدعو فيسيره الى الاسلام فلا اشكال والحديث المشهور جعله غاية الامر بالقتال حيث قال امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية بهذا امروا امراء الاجناد وقد ذكرناه من حديث بريدة ولانه ما ينتهي اليه القتال كما نطق به النص قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون الى ان قال سبحانه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وهذا ان لم يكونوا مرتدين ولا مشركي العرب فان هؤلاء لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف على ما سنذكر فان بذلوها اي قبلوها وكذا هو المراد بالاعطاء المذكور في القران بالاجماع وقد قال علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والاحاديث في هذا كثيرة بل هو من الضروريات ومعنى حديث علي رواه الشافعي في مسنده اخبرنا محمد بن الحسن الشيباني انا قيس بن الربيع الاسدي عن ابان بن تغلب عن الحسين بن ميمون عن ابي الجنوب قال قال علي من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا وضعف الدارقطني ابا الجنوب قوله فان ابوا استعانوا عليهم بالله وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فاستعن بالله عليهم وقاتلهم لتقدم الحديث بطوله والكلام عليه والمدمر المهلك فيستعان بالله في كل الامور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على الطائف على ما في الترمذي مفصلا فانه قال قال قتيبة ثنا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد ان النبي صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على الطائف قلت لوكيع من هذا الرجل فقال صاحبكم عمر بن هارون ورواه ابو داود في المراسيل عن مكحول مرسلا ولنا رواه ابن سعد في الطبقات وزاد اربعين يوما وذكره الواقدي في المغازي وذكر ان الذي اشار به سلمان الفارسي وحرقهم لانه عليه السلام احرق البويرة على ما روى الستة في كتبهم عن ابن عمر رضي الله عنه قال حرق رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل بني النضير وقطع وهي البويرة

ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر لأن في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص ولأنه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وإن تترسوا بصبيان المسلمين أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لأنه إن تعذر التمييز فعلاً فلقد أمكن قصداً والطاعة بحسب الطاقة وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لأن الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لأنه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من إحياء نفسه أما الجهاد فمبني على إتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان

اسم نخل بني النضير ولها يقول حسان بن ثابت: وهان على سراة بني لؤي حريق بالبويرة مستطير ولأن المقصود كبت أعداء الله وكسر شوكتهم بذلك يحصل فيفعلون ما يمكنهم من التحريق وقطع الأشجار وإفساد الزرع هذا إذا لم يغلب على الظن أنهم مأخوذون بغير ذلك فإن كان الظاهر أنهم مغلوبون وأن الفتح بادٍ كره ذلك لأنه إفساد في غير محل الحاجة وما أبيح إلا لها **قوله** ولا بأس برميهم وإن كان فيهم أسير أو تاجر ولو تترسوا بأسارى المسلمين وصبيانهم سواء علم أنهم إن كفوا عن رميهم انهزم المسلمون أو لم يعلم ذلك إلا أنه لا يقصد برميهم إلا الكفار فإن أصيب أحد من المسلمين فلا دية ولا كفارة وعند الأئمة الثلاثة لا يجوز رميهم في صورة التترس إلا إذا كان في الكف عنهم في هذه الحالة انهزام المسلمين وهو قول الحسن ابن زياد فإن رموا وأصيب أحد من المسلمين فعند الحسن بن زياد فيه الدية والكفارة وعند الشافعي فيه الكفارة قولاً واحداً وفي الدية قولان وقال أبو إسحاق إن قصده بعينه لزمه الدية علمه مسلماً أو لم يعلمه لقوله عليه السلام ليس في الإسلام دم مفرج وإن لم يقصده بعينه بل رمى إلى الصف فأصيب فلا دية عليه وأما الأول فلأن الإقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا ترى أن للإمام أن لا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين فكان تركه لعدم قتل المسلم أولى لأن مفسدة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر وجه الإطلاق أمران الأول أنا أمرنا بالقتال مطلقاً ولو اعتبر هذا المعنى لانسد بابه لأن حصناً ما أو مدينة قلما تخلو عن مسلم فلزم من افتراض القتال مع الواقع من عدم خلو مدينة أو حصن عادة إهدار اعتبار وجوده فيه وصار كرميهم مع العلم بوجود أولادهم ونسائهم فإنه يجوز إجماعاً مع العلم بوجود من لا يحل قتله فيهم واحتمال قتله وهو الجامع غير أن الواجب أن لا يقصد بالرمي إلا الكافر لأن قصد المسلم بالقتل حرام بخلاف ما إذا لم ينزحف هو ما إذا فتحت البلدة قال محمد إذا فتح الإمام بلدة ومعلوم أن فيها مسلماً أو ذمياً لا يحل قتل أحد منهم لاحتمال كونه ذلك المسلم أو الذمي إلا أنه قال ولو أخرج واحد من عرض الناس حل إذن قتل الباقي لجواز كون المخرج هو ذاك فصار في كون المسلم في الباقين شك بخلاف الحالة الأولى فإن كون المسلم أو الذمي فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق الثاني أن فيه دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام بإثبات الضرر الخاص وهو واجب ثم إن المصنف أحال وجه مسئلة التترس على وجهي مسئلة ما إذا كان فيهم أسير مسلم أو تاجر وقد يقال إن سلم أنه لا يخلو أهل حصن عن تاجر أو أسير فإطلاق افتراض القتال إهدار لاعتباره ما نحن فيه فلا نسلم أنه لا يخلو أهل حصن أن يتترسوا بالمسلمين ليكون إطلاق الافتراض إهداراً للحرمة للرمي فإن المشاهدة نفيه فوجب أن يتقيد بما إذا لم يكن طريقاً إلى قتل المسلم غالباً وأما قوله إنه دفع الضرر العام بإلحاق الضرر الخاص فقد يقال إن ذلك عند العلم بانهزام المسلمين لو لم يرم حل الرمي عند ذلك لم يتقيد به واعلم أن المراد أن كل قتال مع الكفار هو دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام أي مجتمعهم لأن لم يحصل فيه الظفر تضرر المسلمون كلهم وهو محل تأمل وتقديره هو ضرر خفيف أشد منه قتل مسلم في غالب الظن وإنما يكون الضرر العام مقطوعاً به إذا كان فيه هزيمتهم ونحوها فإن قيل ألم تلزم الدية إذا أصيب مسلم مع قوله عليه السلام ليس في الإسلام دم مفرج أي مهدر أجيب بأنه عام مخصوص بالبغاة وقطاع الطريق وغيرهم فجاز تخصيصه بالمعنى وهو ما ذكر من قوله لأن الفرض لا يقرن بالغرامات كما ذكرنا فيما لو مات من عزره القاضي أو حده أنه لا دية فيه لأن القضاء بذلك فرض عليه فلا يتقيد بشرط السلامة وإلا امتنع عن الإقامة بخلاف المضطر حالة المخمصة لأنه لا يمتنع عن الأكل مخافة الضمان لأن في الامتناع هلاك نفسه والضمان أخف عليه من هلاكها فلا تمتنع أما الجهاد فمبني على إتلاف

قال ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لأن فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فإنهم يستخفون بها مغائظة للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو ولو دخل مسلم إليهم بأمان لا بأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا قوما يوفون بالعهد لأن الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لإقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة فأما الشواب فمقامهن في البيوت أدفع للفتنة ولا يباشرن القتال لأنه يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند ضرورة ولا يستحب إخراجهن للمباضعة والخدمة فإن كانوا لا بد مخرجين فبالإماء دون الحرائر ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ولا العبد إلا بإذن سيده لما بينا إلا أن يهجم العدو على بلد للضرورة وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول

تتسع مداره واعلم ان المذهب عندنا في المضطر انه لا يجب عليه اكل مال الغير مع الضمان فلم يكن فرضا فهو كالمباح تقييد بالمرور في الطريق فلا حاجة الى الفرق بينه وبين افتراض الجهاد في نفي الضمان قوله ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف منهم لما قال المصنف وهو التأويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن الى ارض العدو وهذا الحديث رواه الستة الا الترمذي من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر وقوله وهو التأويل الصحيح احتراز عما ذكر فخر الاسلام عن ابي الحسن القمي والصدر الشهيد عن الطحاوي ان ذلك انما كان عند قلة المصاحف كيلا ينقطع عن ايدي الناس واما اليوم فلا يكره اذ التأويل الصحيح ما ذكره المصنف وهو منقول عن مالك راوي الحديث فان ابا داود وابن ماجه زاد بعد قوله الى ارض العدو وقال مالك اري ذلك مخافة ان يناله العدو والحق انها من قول النبي صلى الله عليه وسلم على ما اخرجه مسلم وابن ماجه عن الليث عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان ينهى ان يسافر بالقرآن الى ارض العدو مخافة ان يناله العدو واخرجه مسلم عن ايوب السختياني عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن فاني لا آمن ان يناله العدو وفي رواية لمسلم فاني اخاف لكن احكم القرطبي والنووي انها من قول النبي صلى الله عليه وسلم وغلطا من زعم انها من قول مالك وقد يكون مالك لم يسمعها فوافق تأويله او شك في سماعه اياها وفي فتاوى قاضيخان قال ابو حنيفة اقل السرية اربعمائة واقل العسكر اربعة آلاف وفي المبسوط السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار انتهى كان المراد من شأنهم ذلك والا فقد لا يكونون وكأنه مأخوذ من السري وهو السير ليلا فكان الاولى ان يقال بعد قوله يؤمن عليه وكذا سرية فيها ليس كذلك فان الانتقال من العسكر العظيم الى السرية طفرة كبيرة ليست مناسبة والذي يؤمن عليه في اقله في دار الحرب ليس الا العسكر العظيم وينبغي كونه اثني عشر الفا لما روي انه عليه السلام قال لن يغلب اثنا عشر الفا من قلة وهو اكثر ما روي فيه هذا باعتبارها احوط مذهبنا ومذهب الشافعي ومذهب مالك اطلاق المنع اخذا باطلاق الحديث قال القرطبي لا فرق بين الجيش والسرايا للا اطلاق النفي وهو وان كان نيل العدو له في الجيش العظيم نادرا فنسيانه وسقوطه ليس بنادر وانت علمت ان العلة المنصوصة ما كانت مخافة نيله فيناط بما مظنته فيخرج الجيش العظيم والنسيان والسقوط نادر مع الاهتمام والتشمر لانحفاظ الباعث عليه وذلك حمله لا يكون الا ممن يخاف نسيان القرآن فيأخذه ليتعاهده فيبعد ذلك منه وكتب الفقه ايضا كذلك ذكره في المحيط معزوا الى السير الكبير فكتب الحديث اولى ثم الاولى في اخراج النساء العجائز للطب والمداواة والسقي دون الشواب ولو احتيج الى المباضعة فالاولى اخراج الاماء دون الحرائر ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة وقد قاتلت ام سليم يوم حنين واقرها عليه الصلوة والسلام حيث قال لمقامها خير من مقام فلان وفلان يعني بعض المنهزمين قوله ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا من تقدم حق الزوج والمولى الا ان يهجم العدو على ما تقدم قوله وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا والغلول السرقة من الغنيمة والغدر الخيانة ونقض العهد قوله لقوله عليه الصلوة والسلام لا تغلوا

ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا أعمى لأن المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد والأعمى لأن المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح أن النبي عليه السلام نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت

الخ تقدم في حديث بريدة وقوله عليه الصلاة والسلام ولا تمثلوا أي المثلة يقال مثلت بالرجل بوزن ضربت أمثل به بوزن أنصر مثلا ومثلة إذا سودت وجهه أو قطعت أنفه ونحوه ذكره في الفائق وقول المصنف والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول وقد اختلف العلماء في ذلك فعندنا والشافعي منسوخة كما ذكر قتادة وفي لفظ في الصحيحين بعد رواية حديث العرنيين قال فحدثني ابن سيرين أن ذلك قبل أن تنزل الحدود وفي لفظ للبيهقي قال أنس رضي الله عنه ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك خطبة إلا نهى فيها عن المثلة وقال أبو الفتح اليعمري في سيرته من الناس من أبى ذلك إلى أن قال وليس فيما يعني آية المحاربة أكثر ما يشعر بنفي المثلة إنما من الاقتصار في حد الحرابة على ما في الآية وأما من زاد على الحرابة جنايات أخر كما فعل هؤلاء كما ابن سعد في خبرهم أنهم قطعوا يد الراعي ورجله وغرزوا الشوك في لسانه وعينيه حتى مات فليس في الآية ما يمنع من التغليظ عليهم والزيادة في عقوبتهم فهذا ليس بمثلة والمثلة ما كان ابتداء على غير جزاء وقد جاء في صحيح مسلم إنما سمل النبي صلى الله عليه وسلم أعينهم لأنهم سملوا أعين الرعاء ولو أن شخصا جنى على قوم جنايات في أعضاء متعددة فاقتص منه لما كان التشويه الذي حصل له من المثلة وقال ذكر البغوي في سبب نزولها يعني آية الجزاء أسبابا أخر وإذا اختلفت في سبب نزول الآية أقوال وتطرق إليها الاحتمال فلا نسخ وحاصل هذا القول أن المثلة بمن مثل جزاء ثابتة لم تنسخ والمثلة بمن استحق القتل لا عن مثله لا تحل إلا أنها منسوخة لم تشرع أولا لأن ما وقع للعرنيين كان جزاء تمثيلهم بالراعي ولا شك أن قوله لا تمثلوا على ما تقدم من رواية الجماعة ونحوها إما أن يكون متأخرا عن مثلة العرنيين فظاهر نسخها أو لا يدرى فيتعارض محرم ومبيح خصوصا والمحرم قول فيتقدم المحرم وكلما تعارض نصان ورجح أحدهما انتفى الحكم بنسخ الآخر ورواية أنس صريح فيه وأما من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بأن قطع أنف رجل وأذني رجل وفقأ عيني آخر وقطع يدي آخر ورجلي آخر فلا شك أنه يجب القصاص لكل واحد إذا احتقه لكنه يجب أن يستأنى بكل قصاص بعد الذي قبله إلى أن يبرأ منه وحينئذ يصير هذا الرجل ممثلا به أي مثلة ضمنا لا قصدا وإنما يظهر أثر النهي والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله فمقتضى النسخ أن يقتل به ابتداء ولا يمثل به ثم لا يخفى أن هذا بعد الظفر والنصر أما قبل ذلك فلا بأس به إذا وقع قتالا كمبارز ضرب فقطع أذنه ثم ضرب ففقأ عينه فلم ينته فضرب فقطع أنفه ويده ونحو ذلك **قوله** ولا تقتلوا امرأة ولا صبيا أخرج الستة إلا النسائي عن ابن عمر رضي الله عنه أن امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة فنهى عن قتل النساء والصبيان وأخرج أبو داود عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا وضموا غنائمكم وأصلحوا وأحسنوا إن الله يحب المحسنين وفيه خالد بن الفزر قال ابن معين ليس بذاك وإنما معارضته بما أخرج أبو داود عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم فإنما ضعف منه ثم على أصول كثيرة من الناس لا معارضة بل يجب أن يخص الشيوخ لغير الفاني لأن المذكور في ذلك لحديث الشيخ الفاني فيخص العام مطلقا بالخاص نعم يعارض ظاهرا ما أخرج الستة عن الصعب بن جثامة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أهل الدار من المشركين يبيتون فيصاب من ذراريهم ونسائهم فقال عليه الصلاة والسلام

قال الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأى فى الحرب او تكون المرأة ملكة لتعدى ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة ولا يقتلوا مجنونا لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبى والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا باس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقاب لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو فى حال افاقته كالصحيح

هم منهم وفى لفظ هم من آبائهم فيجب رفعا للمعارضة حمله على مورد السؤال وهم المبيتون وذلك ان فيه ضرورة عدم العلم والقصد الى الصغار بانفسهم لان التبييت يكون معه ذلك والتبييت هو المسمى فى عرفنا بالكبسة وما انكر الا ان حرمة قتل النساء والصبيان اجماع ثابتا بالحديث الذى ذكره المصنف انه عليه الصلوة والسلام راى امرأة مقتولة فقال هاه الحديث رواه ابو داؤد والنسائى عن ابن الوليد الطيالسى عن عمر بن المرقع بن صيفى حدثنى ابى عن جده رباح بن الربيع بن صيفى قال كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم فى غزوة فرأى الناس مجتمعين على شئ فبعث رجلا فقال انظر على ما اجتمع هؤلاء فجاء رجل فقال امرأة قتيل فقال ما كانت هذه لتقاتل وعلى المقدمة خالد بن الوليد فبعث رجلا فقال قل لخالد لا تقتل امرأة ولا عسيفا واخرجه النسائى ايضا وابن ماجة عن المغيرة بن عبد الرحمن عن ابى الزناد عن المرقع وكذا احمد فى مسنده وابن حبان فى صحيحه والحاكم فى المستدرك وفى لفظه فقال هاه ما كانت هذه تقاتل ثم قال هكذا رواه المغيرة بن عبد الرحمن وابن جريج عن ابى الزناد فصار الحديث صحيحا على شرط الشيخين وهاه كلمة زجر والهاء الثانية للسكت فاذا ثبت فقد علل القتل بالمقاتلة فى قوله ما كانت هذه تقاتل فثبت ما قلنا من انه معلول بالحرابة فلزم قتل ما كان مظنة له بخلاف ما ليس اياه ومنع قتل النساء والصبيان وما يابس الشق ونحوه يبطل كون الكفر من حيث هو كفر علة اخرى للقتل هو لازم وهو المراد بقول المصنف والحجة عليه اى على الشافعى ما بيناه يعنى من عدم قتل يابس الشق لكن هذا الالزام على احد القولين لانه ذكر فى شرح الوجيز وفى الشيوخ والعميان والضعفاء والزمنى ومقطوعى الايدى والارجل قولان فى قول يجوز قتلهم وبه قال احمد فى رواية لعموم اقتلوا المشركين وروى عنه عليه الصلوة والسلام اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم ولانهم كفار والكفر مبيح للقتل وفى قول لا يجوز وبه قال ابو حنيفة ومالك واحمد فى رواية وقد ذكرنا من الحديث المانع من قتل الشيخ الفانى قال والمقعد والزمن ومقطوع اليدين والرجلين فى معناه وعن ابى بكر انه اوصى يزيد بن ابى سفيان حين بعثه الى الشام فقال لا تقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ الخبر انتهى وانت تعلم ان قوله تعالى اقتلوا المشركين عام مخصوص بالذمى والنساء والصبيان فجاز تخصيص الشيخ الفانى ومن ذكر معه بالقياس لو لم يكن فيه خبر فكيف منهم ما سمعت بل ما قدمنا من ان النصوص مقيدة ابتداء بالمحاربين على ما يرجع اليه واما حديث الشيوخ فقدمنا انه ضعيف بالانقطاع عندهم وبالحجاج بن ارطاة ولو سلم فيجب تخصيصه على ما ذكرنا على اصولهم واما قول المصنف انه عليه الصلوة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذرارى فالمراد بالذرارى النساء من اسم السبب فى السبب قال فى المغربين وفى الحديث لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا اى امرأة ولا اجيرا ثم المراد بالشيخ الفانى الذى لا يقتل من لا يقدر على القتال ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الاحبال لانه يجئ منه الولد فيكثر محاربو المسلمين ذكره فى الذخيرة وزاد الشيخ ابو بكر الرازى فى كتاب المرتد من شرح الطحاوى انه اذا كان كامل العقل يقتله ومثله يقتل اذا ارتد والذى لا يقتله الشيخ الفانى الذى خرف وزال عن حدود العقلاء والمميزين فهذا حينئذ يكون بمنزلة المجنون فلا يقتله ولا اذا ارتد قال واما الزمنى فهم بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم اذا راى الامام ذلك كما يقتل سائر الناس بعد ان يكونوا عقلاء ويقتلهم ايضا اذا ارتدوا انتهى ولا تقتل مقطوع اليد اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف ويقتل اقطع اليد اليسرى او احدى الرجلين وان لم يقاتل قوله الا ان يكون احد هؤلاء استثناء من حكم عدم القتل ولا خلاف فى هذا لاجماع وصح امره عليه الصلوة والسلام بقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاما او اكثر فقد عمى المساجى به فى جيش هوازن الرأى

ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا بأس به لان مقصوده الدفع الا ترى انه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا هذا والله اعلم

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله ووادع رسول الله عليه السلام اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل

وكذا لا يقتل من قاتل من كل من قلنا انه لا يقتل كالمجنون والصبي والمرأة الا ان الصبي والمجنون يقتلان في حال قتالهما اما غيرهما من النساء والرهبان ونحوهم فانهم يقتلون اذا قاتلوا بعد الاسر والمرأة الملكة تقتل وان لم تقاتل وكذا الصبي الملك والمعتوه الملك لان في قتل الملك كسر شوكتهم وفي السير الكبير لا يقتل الراهب في صومعته ولا اهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس فان خالطوا قتلوا كالقسيس والذي يجن ويفيق يقتل في حال افاقته وان لم يقاتل **قوله** ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين اوجدا او اما اذا قاتلت اوجدة بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين ولو مشركين لقوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم الآية ولانه يجب عليه الانفاق لاحيائه فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه اي ادرك الاب الابن ليقتله والابن قادر على قتله امتنع الابن على الاب بغير القتل بل يشغله بالمجادلة بان يعرقب فرسه او يطرحه عن فرسه ويلجئه الى مكان ولا ينبغي ان ينصرف عنه ويتركه لانه يصير حربا علينا بل يلجئه الى ان يقتل ما ذكرنا ولا يدعه ان يهرب الى ان يجيء من يقتله فاما ان لم يتمكن الابن من دفعه عن نفسه الا بالقتل فليقتله لانه لو كان مسلما اراد قتل ابنه ولا يمكن من التخلص منه الا بقتله كان له قتله لتعينه طريقا لدفع شره فهذا اولى ولو كانا في سفر وعطشا ومع الابن ما يكفي النجاة احدهما كان للابن شربه ولو كان الاب يموت وينبغي انه لو سمع اباه المشرك يذكر الله ورسوله بسوء ان يكون له قتله لما روي ان ابا عبيدة بن الجراح قتل اباه حين سمعه يسب النبي صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولا يكره للاب قتل ابنه المشرك وكذا سائر القرابات عندنا كالعم والخال مباح قتلهم ولا مناقضة لان نفقة ذوي الارحام عندنا لا تجب للمسلمين منهم بخلاف القرابات البغاة يكره ان يتبدئهم كالاب واما في الرجم اذا كان الابن احد الشهود فيبتدئ بالرجم ولا يقصد قتله بان يرميه مثلا بحصاة

باب الموادعة ومن يجوز امانه الموادعة المسالمة وهو جهاد معنى لا صورة فاخره عن الجهاد صورة ومعنى وما قيل لانه ترك الجهاد وترك الشئ يقتضي سبق وجوده فغير صحيح بل يتحقق ترك الزنا وسائر المعاصي ممن لم يوجد منه اصلا ويثاب على ذلك وهو مكلف بتركها في جميع عمره والا كان تكليفا بالمحال

قوله واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم بمال وبلا مال وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله الآية وان كانت مطلقة لكن اجماع الفقهاء على تقييدها برؤية مصلحة المسلمين في ذلك بآية اخرى هي قوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون فاما اذا لم يكن في الموادعة مصلحة فلا يجوز بالاجماع وفي السلم بكسر السين وفتحها مع سكون اللام وفتحها ومنه قوله تعالى والقوا اليكم السلم ومقتضى الاصول انها اما منسوخة ان كانت الثانية بعدها اي نسخ الاطلاق وتقييده بحالة المصلحة او المعارضة في حالة عدم وجود المصلحة ان لم تعلم ترجح مقتضى المنع اعني آية فلا تهنوا كما هو القواعد في تقديم المحرم واما حديث موادعته عليه الصلوة والسلام اهل مكة عام الحديبية عشر سنين فنظر فيه بعض الشارحين بان الصحيح عند اصحاب المغازي انها سنتان كذا ذكره معتمر بن سليمان عن ابيه وليس بلازم لان الحاصل ان اهل النقل مختلفون في ذلك فوقع في سيرة موسى بن عقبة انها كانت سنتين اخرجه البيهقي عنه وعن عروة بن الزبير مرسلا ثم قال البيهقي وقولهما سنتين يريدان بقاءه سنتين الى ان نقض المشركون عهدهم وخرج النبي صلى الله عليه وسلم اليهم لفتح مكة واما المدة التي وقع عليها عقد الصلح فيشبه ان يكون المحفوظ ما رواه

ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى إلى ما زاد عليها بخلاف ما إذا لم يكن خيرا لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى وإن صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح أنفع نبذ إليهم الإمام وقاتلهم لأنه عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى فلا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ إلى جميعهم ويكتفي في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته لأن بذلك ينتفي الغدر قال وإن بدؤا بالخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم إذا كان ذلك باتفاقهم لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لأنه بغير إذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان بإذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لأنه باتفاقهم معنى

محمد بن إسحق وهو عشر سنين انتهى وما ذكره عن ابن إسحق هو المذكور في سيرته وسيرة ابن هشام من غير أن يتعقبه ورواه أبو داود من حديث محمد بن إسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم أنهم اصطلحوا على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس وعلى أن بيننا عيبة مكفوفة وأنه لا إسلال ولا إغلال ورواه أحمد في مسنده مطولا بقصة الفتح حدثنا يزيد بن هارون أنبأنا ابن إسحق فساقه إلى أن قال على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس ويكف بعضهم بعضا وكذا رواه الواقدي في المغازي حدثنا ابن أبي سبرة عن إسحق بن عبد الله بن أبي فروة عن واقد بن عمرو فذكر قصة الحديبية إلى أن قال على وضع الحرب عشر سنين الخ والوجه الذي ذكره البيهقي وجه حسن به تنتفي المعارضة فيجب اعتباره فإن الكل اتفقوا على أن سبب الفتح كان نقض قريش العهد حيث أعانوا على خزاعة وكانوا دخلوا في حلف رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في مدة الصلح فيرتفع الخلاف ظاهرا بأن مراد من قال سنتين أن بقاءه سنتين ومن قال عشرا قال إنه عقده عشرا كما رواه كذلك فإنه لا تنافي بينها والله سبحانه أعلم **قوله** ولا يقتصر الحكم وهو جواز الموادعة على المدة المذكورة وهو عشر سنين لتعدي المعنى الذي به تعلل جوازها وهو حاجة المسلمين أو ثبوت مصلحتهم فإنه قد يكون بأكثر بخلاف ما إذا لم تكن الموادعة أو المدة المسماة خير المسلمين فإنه لا يجوز لأنه ترك للجهاد صورة ومعنى وما أبيح إلا باعتبار أنه جهاد وذلك إنما يتحقق إذا كان خير المسلمين وإلا فهو ترك للمأمور به وبهذا يندفع ما نقل عن بعض العلماء من منعه أكثر من عشر سنين وإن كان الإمام غير مستظهر وهو قول الشافعي ولقد كان في صلح الحديبية مصالح عظيمة فإن الناس لما تقاربوا انكشفت محاسن الإسلام للذين كانوا متباعدين لا يعقلونها من المسلمين لما قاربوهم وخالطوهم **قوله** وإن صالحهم مدة ثم رأى أن نقض الصلح أنفع نبذ إليهم أي ألقى إليهم عهدهم وذلك بأن يعلمهم أنه رجع عما اتفق قال تعالى وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء أي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك لكن ظاهر الآية أنه مقيد بخوف الخيانة وهو مثل إن علمتم فيهم خيرا في الكتابة ولعل خوف الخيانة لازم للعلم بكفرهم وكونهم حربا علينا والإجماع على أنه لا تقييد بحضور الخوف لأن المعاهدة في الأول ما صحت إلا لأنها أنفع فلما تبدل الحال عاد إلى المنع ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وهو محرم بالعمومات نحو ما في البخاري عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أربع خصال من كن فيه كان منافقا خالصا إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر وروى أبو داود والترمذي وصححه كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى إذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس أو برذون وهو يقول الله أكبر الله أكبر وفاء لا غدر فنظر فإذا هو عمرو بن عبسة فأرسل إليه معاوية فسأله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كان بينه وبين قوم عهد فلا يشد عقدة ولا يحلها حتى ينقضي أمدها أو ينبذ إليهم على سواء فرجع معاوية بالناس ورواه أحمد وابن حبان وابن أبي شيبة وغيرهم وأما ما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام وفاء لا غدر فلم يعرف في كتب الحديث إلا من قول عمرو بن عبسة هذا وما استدلاله بأنه صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة فلا يليق إنه جعل دليلا فيما يأتي من قوله وإن بدؤا بالخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم إذا كان باتفاقهم لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه وكذا إذا دخل جماعة منهم لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا في حقهم خاصة فيقتلون ويسترقون هم ومن معهم من الذراري إلا أن يكون بإذن ملكهم فيكون نقضا في حق الكل ولو لم تكن لهم منعة لم يكن نقضا لا في حقهم ولا في حق غيرهم وإنما قلنا هذا لأنه لم ينبذ إلى أهل مكة بل هم بدؤا بالغدر

ملفوفة

سنتان

ادعة اهل الحرب ان يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به لانه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا

بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم يكن لا يجوز لما بينا من قبل والماخوذ من المال يصرف مصارف

الجزية هذا اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا

المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لانه ماخوذ بالقهر معنى واما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظر في امرهم لان الاسلام

مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا في اسلامهم ولا ياخذ عليه مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم لما نبين ولو اخذه لم يرده لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو

المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية

والحاق المذلة باهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن

قبل مضي المدة فقاتلهم لم ينبذ اليهم بل سار اليهم حتى بغتهم في ديارهم ذكره جميع اصحاب السير والمغازي ومن تلقى قصته

ورواها كما في حديث ابن اسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة قالا كان في صلح رسول الله صلى الله

عليه وسلم انه من شاء ان يدخل في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهده دخل فدخلت خزاعة في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم

ودخلت بنو بكر في عقد قريش فمكثوا في الهدنة نحو السبعة والثمانية عشر شهرا ثم ان بني بكر الذين دخلوا في عقد قريش عدوا على خزاعة الذين

دخلوا في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلا بماء لهم يقال له الوتير قريب من مكة فقالت قريش هذا الليل ولا يعلم بنا محمد ولا يرانا احد فاعانوا

بني بكر بالسلاح والكراع وقاتلوا خزاعة معهم وركب عمرو بن سالم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يخبره الخبر فلما قدم عليه انشده لاهم

اني ناشد محمدا حلف ابينا وابيه الاتلدا ان قريشا اخلفوك الموعدا ونقضوا ميثاقك المؤكدا هم بيتونا بالوتير هجدا

وقتلونا ركعا وسجدا فانصر رسول الله نصرا اعتدا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نصرت يا عمرو بن سالم ثم امر الناس فتجهزوا وسار

الى قريش فخرجهم حتى بغتهم في بلادهم وذكر موسى بن عقبة نحو هذا وان ابا بكر قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم الم يكن بينك وبينهم

مدة قال الم يبلغك ما صنعوا ببني كعب ورواه الطبراني من حديث ميمونة ورواه ابن ابي شيبة مرسلا عن عروة ورواه مرسلا عن

كتاب المغازي وفيه فقال ابو بكر يا رسول الله صلى الله عليه وسلم الم يكن بيننا وبينهم مدة فقال انهم غدروا ونقضوا العهد فانا غازيهم ثم

يخبروا اعلامهم بل لابد من مضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته ولا يجوز ان يغار على شيء

في تلك المدة **قوله** وان رأى الامام موادعة اهل الحرب وان يأخذ المسلمون على ذلك مالا جاز لانه لما جاز

فهنا اولى الا ان هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم يكن فلا يوادعهم لما بينا من قبل يعني قوله لانه ترك للجهاد

ان يكون اشارة الى قوله لانه يشبه الاجر يعني في مسألة الجعل قبل باب كيفية القتال وفي النهاية

اذا كان بالمسلمين كثرة غير انهم ليسوا متأهبين للحرب لقلة العدد الحاضر لتفرق المقاتلة في البلاد

الجهاد في اخذ اموالهم كسر لشوكتهم وتقليل لمادتهم فاخذه لهذا المعنى من الجهاد لا اجرة على الترك وباعتبار

الخراج والجزية وان كان قبل ان ننزل بساحتهم بل برسول اما اذا نزلنا بهم فهو غنيمة نخمسها

المرتدون فلا بأس بموادعتهم ومعلوم ان ذلك اذا غلبوا على بلدة وصارت دارهم دار الحرب والا

لا يجوز ولهذا قيده الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير بما ذكرنا قال ويدل عليه وضع المسألة

من دور الاسلام فلا بأس بموادعتهم عند الخوف فلو وادعهم على المال لا يجوز لانه في

لما نبين يعني في باب الجزية ومع هذا لو اخذه لا يرده عليهم لان مالهم فيء للمسلمين اذا ظهروا بخلاف

الحرب اذا زالها لانه ليس فيئا الا انه لا يرده حال الحرب لانه اعانة لهم

يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية اي النقيصة ومنه قول

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابو بكر فعلام نعطي الدنية في ديننا الخ

ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم لان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم

بالمشركين قال بلى قال فعلام نعطي الدنية في ديننا فقال له ابو بكر الزم غرزه فاني اشهد انه رسول الله فقال عمر وانا اشهد انه رسول الله ذكره ابن اسحق في السيرة في الحديث ليس لمؤمن ان يذل نفسه فالعزة من خاصية الايمان قال الله تعالى ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين الا اذا خاف الامام الهلاك على نفسه وبالمسلمين فلا باس لان النبي صلى الله عليه وسلم لما اشتد على الناس البلاء في وقعة الخندق ارسل الى عيينة بن حصن والحارث بن عوف بن ابي حارثة المري وهما قائدا غطفان واعطاهما ثلث ثمار المدينة على ان يرجعا بمن معهما فجرى بينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب ولم تقع الشهادة ولا عزيمة الصلح فلما اراد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يفعل بعث الى سعد بن معاذ وسعد بن عبادة فذكر لهما ذلك واستشارهما فيه فقالا له يا رسول الله امر تحبه فنصنعه ام شيئا امرك الله به لا بد لنا من العمل به ام شيئا تصنعه لنا قال بل شيء اصنعه لكم والله ما اصنع ذلك الا اني رايت العرب قد رمتكم عن قوس واحدة وكالبوكم من كل جانب فاردت ان اكسر عنكم من شوكتهم الى امر ما فقال له سعد بن معاذ يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الاوثان لا نعبد الله ولا نعرفه وهم لا يطمعون ان ياكلوا منها ثمرة الا قرى او بيعا فحين اكرمنا الله بالاسلام وهدانا له واعزنا بك وبه نعطيهم اموالنا ما لنا بهذا من حاجة والله لا نعطيهم الا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فانت وذاك فتناول سعد الصحيفة فمحا ما فيها من الكتابة ثم قال ليجهدوا علينا قال محمد بن اسحق حدثني به عاصم بن عمر بن قتادة ومن لا اتهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري وعلى الحصر في القول لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن وهو تساهل فانه لا يجب دفع الهلاك باجراء كلمة الكفر ولا بقتل غيره لو اكره عليه بقتل نفسه بل يصبر لا يقتل ولا يقتل غيره ولو شرطوا في الصلح ان يرد اليهم من جاء مسلما منهم بطل الشرط فلا يجب الوفاء به فلا يرد اليهم من جاء مسلما منهم وهو قول مالك وقال الشافعي يجب الوفاء به في الرجال دون النساء لانه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك في الحديبية حتى جاء ابو جندل بن سهيل بن عمرو وقد كان اسلم فرده فصار ينادي يا معشر المسلمين ارد الى المشركين يفتنوني عن ديني فقال له عليه الصلاة والسلام اصبر يا ابا جندل واحتسب فان الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجا ومخرجا وكذا رد ابا بصير واما لو شرط مثله في النساء لا يجوز ردهن ولا شك في انفساخ نكاحها فلو طلب زوجها الحربي المهر يعطاه وللشافعي فيه قولان في قول لا يعطاه وهو قولنا وقول مالك واحمد وفي قول يعطاه قال تعالى فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار وهو دليل النسخ في حق الرجال ايضا اذ لا فرق بين الرجال والنساء في ذلك بل مفسدة رد المسلم اليهم اكثر وحين شرع ذلك كان في قوم من اسلم منهم لا يبالغون في تعذيبه فان لكل قبيلة لا تعرض لمن فعل ذلك من قبيلة اخرى انما يتولى رده عشيرته وهم لا يبلغون فيه اكثر من القيد والسب والاهانة وقد كان بمكة بعد هجرة النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من المستضعفين مثل ابي بصير وابي جندل ابن سهيل بن عمرو الى نحو سبعين لم يبلغوا فيهم النكاية لعشائرهم والامر على خلاف ذلك قوله ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب اذا حضروا مستامنين ولا تجهز اليهم مع التجار الى دار الحرب لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم والمعروف ما في سنن البيهقي ومسند البزار ومعجم الطبراني من حديث بحر بن كثير السقا عن عبيد الله القطعي عن ابي رجاء عن عمران بن الحصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح في الفتنة قال البيهقي الصواب انه موقوف اخرجه ابن عدي في الكامل عن محمد بن مصعب القرقساني وقد اختلف فيه ضعفه ابن معين وقال ابن عدي هو عندي لا باس به

ولأن فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذا الحديد لأنه أصل السلاح وكذا بعد الموادعة لأنها على شرف النقض أو الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب إلا أنا عرفناه بالنص فإنه عليه السلام أمر ثمامة أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه

ونقل عن احمد نحو ذلك قال العمر ولان فيه اي في نقل السلاح وتجهيزه اليهم تقويتهم على قتال المسلمين وكذا الكراع اي الخيل لا فرق في ذلك ما قبل الموادعة وما بعدها لانها على شرف الانقضاء او النقض قال وهو القياس في الطعام الذي قياس فيه ان يمنع من حمله الى دار الحرب لان به التقوي على كل شيء من القتال واضعافهم الا انا عرفناه اي نقل الطعام اليهم بالنص يعني حديث ثمامة وحديث ثمامة رواه البيهقي من طريق محمد بن اسحق عن سعيد المقبري عن ابي هريرة فذكر قصة اسلام ثمامة وفي آخره قوله لاهل مكة حين قالوا اصبوت فقال اني والله ما صبوت ولكني اسلمت وصدقت محمدا وآمنت به وايم الله الذي نفس ثمامة بيده لا تأتيكم حبة من اليمامة وكانت ريف مكة ما بقيت حتى يأذن فيها محمد وانصرف الى بلده ومنع الحمل الى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسألونه بأرحامهم ان يكتب الى ثمامة يخلي اليهم الطعام ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكره ابن هشام في آخر السيرة فذكر انهم قالوا اصبوت فقال لا ولكني اتبعت خير الدين دين محمد والله لا تصل اليكم حبة من اليمامة حتى يأذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ان قال فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انك تأمر بصلة الرحم وانك قد قطعت ارحامنا فكتب عليه الصلوة والسلام اليه ان يخلي بينهم وبين الحمل واما بيع الحديد والسلاح فمنعه لهم لانه اصل السلاح وهو ظاهر الرواية قال الحاكم نص على تسوية الحديد والسلاح وذهب فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير الى انه لا يكره حيث قال وهذا في السلاح واما فيما لا يقاتل به الا بصنعة فلا بأس كما كرهنا بيع المزامير وابطلنا بيع الخمر ولم نر ببيع العنب بأسا ولا بيع الخشب والاشبه ذلك وقال الفقيه ابو الليث في شرحه وليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يجعله خمرا لان العصير ليس بآلة المعصية بل يصير آلة لها بعد ما يصير خمرا اما هنا فالسلاح آلة الفتنة في الحال ويكره بيعه ممن يعرف بالفتنة قيل باشارة هذا يعلم ان بيع الحديد منهم لا يكره

فروع من المبسوط

طلب ملك منهم الذمة على ان يترك ان يحكم في اهل مملكته بما شاء من قتل وظلم لا يصلح في الاسلام لا يجاب الى ذلك لان التقرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام ولان الذمي من يلزم احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فشرط خلافه باطل ولو كان له ارض فيها قوم من اهل مملكته هم عبيد له يبيع منهم ما شاء فصالح وصار ذمة فهم عبيد له كما كانوا يبيعهم ان شاء لان عقد الذمة خلف عن الاسلام في الاحراز ولو اسلم كانوا عبيده فكذا اذا صار ذميا وهذا لانه كان مالكا لهم بيده القاهرة وقد تأكدت تلك اليد بعقد الذمة فان ظفر عليهم عدو فاستنقذهم المسلمون فانهم يردونهم عليه الى المالك بغير شيء قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة كسائر اموال اهل الذمة وهذا لان على المسلمين القيام بدفع الظلم عن اهل الذمة كما عليهم ذلك في حق المسلمين وكذا لو اسلم الملك واهل ارضه او اسلموا هم دونه هم عبيده ولو وادعوا على ان يؤدي كل سنة شيئا معلوما وعلى ان لا يجري عليهم في بلادهم احكام المسلمين لا يفعل ذلك الا ان يكون خيرا للمسلمين لانهم بهذه الموادعة لا يلتزمون احكام الاسلام ولا يخرجون من ان يكونوا اهل حرب وترك القتال مع اهل الحرب لا يجوز الا ان يكون خيرا للمسلمين ثم اذا فعل ذلك ان كان بعدما احاط بهم الجيش او قبله برسول تقدم حكم هذا المال ولو صالحوهم على ان يؤدوا اليهم كل سنة مائة رأس من انفسهم واولادهم لم يصح لان هذا الصلح وقع على جماعتهم وكانوا كلهم مستأمنين واسترقاق المستأمنين لا يجوز الا يرى ان واحدا منهم لو باع ابنه بعد هذا الصلح لم يجز فاذا كان لا يجوز تمليك شيء من نفوسهم واولادهم بحكم تلك الموادعة لان حريتهم تأكدت بخلاف ما لو صالحوهم على مائة رأس بأعيانهم اول السنة وقالوا

فصل إذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم والأصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم أي أقلهم وهو الواحد ولأنه من أهل القتال فيخافونه إذ هو من أهل المنعة فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله ثم يتعدى إلى غيره ولأن سببه لا يتجزى وهو الإيمان وكذا الأمان لا يتجزى فيتكامل كولاية الإنكاح **قال** إلا أن يكون في ذلك مفسدة فينبذ إليهم كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الإمام حصنا وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الإمام الأمان لما بينا ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه بخلاف ما إذا كان فيه نظر لأنه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا ولا يجوز أمان ذمي لأنه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين **قال** ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم لأنهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والأمان يختص بمحل الخوف ولأنهما يجبران عليه فيعرى الأمان عن المصلحة ولأنهم كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح لنا باب الفتح

استونا على أن نؤدي لكم ونحكم ثلاث سنين مستقبلة على أن نعطيكم كل سنة مائة رأس من رقيقنا فإنه جائز لأن المعينين في السنة الأولى
لا أمان لهم في الموادعة ومنها يثبت الأمان لهم فإذا جعلوهم مستثنى من الموادعة بجعلهم إياهم عوضا للمسلمين صاروا مماليك للمسلمين بالموادعة
والثلاثة ومثلها في السنين الكائنة بعد الموادعة ابتداء فجاز ولو سرق مسلم مستأمن ما لهم بعد الموادعة لا يحل شراؤه منه لأن المستأمن
لا يملك بالسرقة لأنه غدر فلا يصح شراؤه منه ولو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الصلح جاز أن يشتري منهم ما أخذوه من أموالهم
لأنهم ملكوها بالإحراز كمال المسلمين ثم لا يلزم رد شيء من ذلك عليهم ولا بالثمن لأنهم بالموادعة ما خرجوا عن كونهم أهل حرب إذ لم ينقادوا
إلى حكم الإسلام فلا يجب على المسلمين القيام بنصرتهم ولو دخل بعضهم دار حرب أخرى فظهر المسلمون عليها لم يتعرضوا له لأنه في أمان المسلمين

فصل في الأمان

وهو نوع من الموادعة في التحقيق **قوله** وإذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن
أو مدينة صح أمانهم على إسناد المصدر إلى المفعول ولم يجز لأحد من المسلمين قتالهم والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام
المسلمون تتكافؤ دماؤهم أي لا يزيد دية الشريف على دية الوضيع ويسعى بذمتهم أدناهم أخرج أبو داود من حديث عمرو
بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافؤ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم
ويرد عليهم أقصاهم وهم يد على من سواهم ومعنى يرد عليهم أقصاهم أي يرد الأبعد منهم التبعة عليهم وذلك أن العسكر إذا دخل
دار الحرب فاقتطع الإمام منهم سرايا ووجهها للإغارة فما غنمت جعل لها ما سمي ويرد ما بقي لأهل العسكر لأن بهم قدرت السرايا على التوغل في
دار الحرب وأخذ المال ه وأما قوله وهم يد إلى آخره أي كأنهم آلة واحدة تمنع من سواهم من الملك كالعضو الواحد باعتبار تعاونهم عليه لكن رواه
ابن ماجه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافؤ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويجير عليهم أقصاهم وهم يد الحديث ففسر الرد
في ذلك الحديث بالإجارة فالمعنى يرد الإجارة عليهم حتى يكون كلهم مجيرا والمقصود من هذا الحديث محل الدية وهو في الصحيحين عن علي قال
ما كتبنا عن النبي صلى الله عليه وسلم إلا القرآن وما في هذه الصحيفة قال عليه الصلاة والسلام المدينة حرم فمن أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه
لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلما فعليه
لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا وأخرج البخاري أيضا من حديث أنس ومسلم من حديث أبي هريرة
ومن قال إن الشيخ علاء الدين وهم إذ أخرجه من حديث علي من جهة أبي داود والواقع أن الشيخين أخرجاه غلط فإن ما في الصحيحين ليس فيه
يتكافؤ دماؤهم وهو إنما يريد أن يخرج ما ذكره في الهداية لا ما هو محل الحاجة من الحديث فقط وفسر المصنف أدناهم بأقلهم في العدد وهو الواحد احترازا عن
تفسير محمد من الدناءة ليدخل العبد كما سيأتي وليس بلازم إذ على هذا التفسير أيضا فيه دليل لمحمد وهو إطلاق الأدنى في معنى الواحد فإنه يتناول الواحد
حرا أو عبدا وقد ثبت في أمان المرأة أحاديث منها حديث أم هانئ في الصحيحين عنها قالت يا رسول الله زعم ابن أمي علي أنه قاتل رجلا
قد أجرته فلان بن فلان فقال عليه الصلاة والسلام قد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت ورواه الأزرقي من طريق الواقدي عن ابن أبي ذئب
عن المقبري عن أبي مرة مولى عقيل عن أم هانئ بنت أبي طالب قالت ذهبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله
إني أجرت حموين لي من المشركين فأراد هذا أن يقتلهما فقال عليه الصلاة والسلام ما كان له ذلك الحديث وكان اللذان أجارته أم هانئ

ومن اسلم في دار الحرب لما ذكرنا ولا يجوز امان العبد المحجور عليه عند ابي حنيفة الا ان ياذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي وابو يوسف معه في رواية ومع ابي حنيفة في رواية
لمحمد قوله عليه السلام امان العبد امان رواه ابو موسى الاشعري ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالماذون له في القتال وبالمؤثر في الاصل وهذا لانه انما كان مؤمنا لكونه
سببا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع يتحقق به ازالة الخوف به والتاثير اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة واما الايمان
المسايفة انما لا يملكها لما فيها من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابي حنيفة انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف الماذون له في
القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسايفة لما انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه ذلك لانه قد يخطئ في وجه النظر
وفيه سد باب الاستغنام [illegible] بخلاف الماذون له لانه رضي به [illegible] القتال [illegible] فهو بمنزلة الحرية [illegible]

عبد الله بن ابي ربيعة بن المغيرة والحارث بن هشام بن المغيرة وكلاهما من بني مخزوم ومنها ما رواه ابو داود حدثنا عثمان بن ابي شيبة عن
سفيان بن عيينة عن منصور عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة قالت ان كانت المرأة لتجير على المؤمنين فيجوز وترجم الترمذي باب امان المرأة
حدثنا يحيى بن اكثم [illegible] عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان المرأة لتأخذ للقوم يعني تجير على المسلمين وقال حديث حسن غريب و
قال في علل الكبير سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال هو حديث صحيح وكثير بن زيد هو في سند سمع من الوليد بن رباح والوليد بن رباح
سمع من ابي هريرة ومنها حديث اجارة زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا العاص فقال عليه الصلوة والسلام الا انه يجير
على المسلمين ادناهم رواه الطبراني بطوله قال المصنف لانه من اهل القتال اي الواحد ذكرا او انثى فاما بالتسبيب بمالها وعبيدها فيخاف منه
فيتحقق الامان منه لملاقاته محله اي محل الامان وهو الكافر الخائف واذا صدر التصرف من اهله في محله ثم يتعدى الى غيره اي غير المجير من المسلمين
واما قوله ولان سببه لا يتجزى الى آخره فيصلح تعليلا ابتداء وللتعدي فان ما ذكره من المعنى لا يزيد على اعتبار الامان بالنسبة الى المؤمن فاما تعديه
الى غيره فليس ضروريا فلا بد له من دليل وما ذكر من عدم التجزي يصلح دليلا له فانه لما لم يتجز كان امان الواحد امان الكل لانه بعض امان الكل
واستدل على عدم تجزيه بان سببه وهو الايمان لا يتجزى فكذا الامان وفسر التصديق الذي هو ضد الكفر بعضهم باعطاء الامان لانه يقال آمنته
فامن اي اعطيته الامان فامن ولا يصح ان يقال آمنت بمعنى صدقت بالنسبة الى الكافر اي حصل له الامان وهذا انما يتم اذا كان آمن
علة وهو مجاز فان حقيقة السبب المفضي الا يلزم من وجوده الوجود ولا شك ان الايمان بالله ورسوله سبب مفض الى امان الحربي باعطاء المسلم
اياه له فالحق ان كلا منهما يصلح الامان اي اعطاء الامان سبب للامان بمعنى علة لا يتجزى فلا يتجزى الامان والايمان بمعنى التصديق
سبب حقيقي للامان لا يتجزى فلا يتجزى الامان وصار كولاية الانكاح اذا زوج احد الاولياء المستوين نفذ على الكل واعلم ان كونهما لا يتجزى
انما علمناه من النص الموجب للنفاذ على الكل اذا صدر من واحد فهو المرجع في ذلك وقوله الا اذا كان في ذلك اي امان الواحد مفسدة
فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه في الباب السابق وهو قولنا يفعل تحرزا من الغدر وعن ترك الجهاد صورة
معنى واما قوله ولو حاصر الامام حصنا فامن واحد من الناس الى آخره فليس تكرارا محضا بل ذكره ليبتني عليه قوله ويؤدبه الامام لافتياته على
رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لا يؤدبه لانه ربما لا يفعل ذلك مخافة ان تفوت المصلحة بالتأخير الى ان يعلم الامام [illegible] من عند نفسه والافتيات
افتعال من الفوت وهو السبق وانما يقال الافتيات للسبق الى الشيء دون ائتمار من ينبغي ان يؤامر فيه بخلاف غيره يقال فاتني ذلك الفارس اي
سبقني فاصله افتوات قلبت الواو ياء لكسر ما قبلها والتعليل بمطلقا يقتضي ان يؤدبه مطلقا لتحقق الافتيات فيما فيه مصلحة فالوجه تقييده
بقولنا افتيات فيما لا مصلحة فيه قوله لا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم على المسلمين لموافقته لهم اعتقادا وايضا لا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن
يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والامان من باب الولاية لانه نفاذ كلامه على غيره شاء او ابى ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم في
دار الحرب لانهما مقهوران تحت ايديهم والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة لانه كلما اشتد الامر على المسلمين
يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح باب الفتح قوله ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لم يصح امانه لما بينا من ان الامان يختص
بمحل [illegible] ولا خوف حال كونه فيهم [illegible] لا قوة ولا منعة له قوله لا يصح امان العبد المحجور عليه عند ابي حنيفة الا ان ياذن له

ولو من الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وإن كان مأذونا له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق

مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف في رواية لإطلاق الحديث المذكور وهو قوله يسعى بذمتهم أدناهم ولما روى أبو موسى الأشعري من قوله عليه الصلاة والسلام أمان العبد أمان ولأنه مؤمن ممتنع أي له قوة يمتنع بها أو بغيره فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له في القتال والمؤبد من الأمان وهو عقد الذمة فإن العبد المحجور إذا عقد الذمة لأهل مدينة صح ولزم وصاروا أهل ذمة فهذا وهو المؤقت من الذمة أولى بالصحة وهذا لأن ذلك تمام المؤثر في صحة الأمان الإيمان فإنه شرط للعبادات والجهاد من أعظمها وأما اعتبار الامتناع فلتحقق إزالة الخوف وبذلك تحقق المؤثر الجامع بين الأصل والفرع وهو إعزاز الدين وإقامة مصلحة المسلمين إذ الكلام في مثل هذه الحالة لا فيما لا مصلحة فيه وأنا لا يملك المسايفة أي الجهاد بالسيف لتعريض منافعه المملوكة للمولى على الفوات بأن يقتل وهذا المانع إنما يؤثر في الجهاد وبذلك الوجه لا يوجب إعطاء الأمان لمصلحة المسلمين فلم يبق بينه وبين المحجور في هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه ولأبي حنيفة ومالك في رواية سحنون عنه أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لانتفاء الخوف منه فلم يلاق الأمان محله وهو الخائف من المؤمن فلم يحصل المؤثر وهو الإعزاز لأنه من لا يخاف منه ولا المصلحة لأن الظاهر أنه يخطئ لأن معرفة المصلحة في الأمان إنما تقوم بمن يباشر القتال وهو المأذون لأنه أدرى بالأمر من غير المحاربين له وفي خطائه سد باب الاستغنام على مولاه وعلى المسلمين فلم يعر عن احتمال الضرر احتمالا راجحا بخلاف العبد المأذون وبخلاف الأمان المؤبد لإعطاء الجزية لأنه خلف عن الإسلام فهو بمنزلة الدعوة إلى الإسلام ولكل مسلم عبد أو حر ذلك لأنه مقابل بالجزية فالمصلحة المتيقنة ولعامة المسلمين متحققة فيه لأنه مفروض عند سؤالهم لأن الله تعالى أنهى قتالهم به بقوله تعالى حتى يعطوا الجزية ففي عقد الذمة ليس إسقاط الفرض عن الإمام وعن عامة المسلمين وهو لذلك يقع محقق فافترقا واعلم أن وجه العامة تضمن قياسين قياس أمان المحجور على أمان المأذون في القتال وقياس أمان المحجور على عقد الذمة من المحجور ولا شك أن فرق أبي حنيفة في الثاني متجه وأما دفعه القياس الأول فلا فإنه إن فرق بهذا لا يخافونه فالظاهر أن ذلك بالنسبة إلى أهل الحرب غير معلوم فإنهم لا يعرفون المأذون له حتى يخافونه من غيره فلا يخافونه بل كل من أتى مع المسلمين سوى البينة فهو مخوف لهم وأما أن الظاهر خطاؤه في المصلحة فلا أثر له لأن الأمان غير لازم إذا لم تكن فيه مصلحة بل إذا كان كذلك ينبذ إليهم الإمام نعم الاستدلال بالحديث المروي عن أبي موسى غير تام لأنه حيث لا يعرف فإن قلت فقد روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي قال شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاهرتا فحاصرناها شهرا حتى إذا كنا ذات يوم وطمعنا أن نصبحهم انصرفنا عنهم عند المقيل فتخلف عبد منا فاستأمنوه فكتب إليهم أمانا ثم رمى به إليهم فلما رجعنا إليهم خرجوا إلينا في ثيابهم ووضعوا أسلحتهم فقلنا ما شأنكم فقالوا أمنتمونا وأخرجوا إلينا السهم فيه كتاب بأمانهم فقلنا هذا عبد والعبد لا يقدر على شيء قالوا لا ندري عبدكم من حركم وقد خرجنا بأمان فكتبنا إلى عمر فكتب أن العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم ورواه ابن أبي شيبة وزاد فأجاز عمر أمانه فالجواب أنها واقعة حال فجاز كونه مأذونا له في القتال وأيضا جاز كونه محجورا إلا أنه كان عقد ذمة وأنه يصح منه والله أعلم إلا أن إطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم في رواية عبد الرزاق يقتضي إباحته مطلقا بذلك الحديث جيد وفضيل بن يزيد الرقاشي وثقه ابن معين قوله وإن أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح بإجماع الأئمة الأربعة كالمجنون

باب الغنائم وقسمتها

واذا فتح الامام بلدة عنوة اى قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمها بين المسلمين كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر

وان كان لا يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف بين اصحابنا لا يصح عند ابي حنيفة وابي يوسف ويصح عند محمد وبقول ابي حنيفة قال الشافعي واحمد في وجه لان قوله غير معتبر لطلاقه وعتاقه وبقول محمد قال مالك واحمد وان كان ماذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق بين اصحابنا وبه قال مالك واحمد وبه قال الشافعي في وجه لانه تصرف دائر بين النفع والضرر فيملكه الصبي الماذون والمراد بكونه يعقل ان يعقل الاسلام ويصفه ونسبة الخلاف الى ابي يوسف الى ابي حنيفة في السير الكبير في عدم الصحة وانما قال المصنف والاصح والله اعلم لانه اطلق المنع في الصبي المراهق عن ابي حنيفة كما نقله الناطفي في الاجناس ناقلا عن السير الكبير فقال قال محمد الغلام الذي لم يبلغ الحلم وهو يعقل الاسلام اذا امنهم قال وهذا قوله فاما عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا يجوز وكذا وقع الاطلاق في كتاب البيهقي فقال لا يجوز امان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند ابي حنيفة وعند محمد يجوز اذا كان يعقل الاسلام وصفه وكذا التخلط العقل لانه من اهل القتال كالبالغ الا انه يعتبران يكون مسلما بنفسه فهذا كما ترى اجرى الخلاف في الصبي مطلقا قال المصنف والاصح التفصيل بين كون العاقل محجورا عن القتال او ماذونا له فيه ففي الثاني لا خلاف في صحة الامان هذا ومن الفاظ الامان قولك للحربي لا تخف ولا توجل او مترس او لكم عهد الله او ذمة الله تعالى او تعال فاسمع الكلام ذكره في السير وقال الناطفي في السير الصغير سألت ابا حنيفة عن الرجل يشير باصبعه الى السماء لرجل من العدو فقال ليس هذا بامان وابو يوسف استحسن ان يكون امانا وهو قول محمد رحمة الله عليهم اجمعين

باب الغنائم وقسمتها لما ذكر قتال الكفار ذكر ما ينتهي اليه غالبا وهو القهر والاستيلاء على النفوس واموالها وانما كان ذلك غالبا لا استقراء تائيد الله تعالى جيوش المسلمين ونصرتهم في الاكثر قوله واذا فتح الامام بلدة عنوة يجوز في الواو ما قدمناه في قوله واذا حاصر الامام وفسر المصنف العنوة بالقهر وهو ضده لان معناه معنى عنوة اذا ذل وخضع ومنه وعنت الوجوه للحي القيوم فالمعنى فتح بلدة حال كون اهلها ذوي عنوة اي ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد الا في الفاظ عند بعضهم واطلاق اللازم وارادة الملزوم في غير التعاريف بل ذلك في الاخبارات على ان يراد معنى المذكور لا لذاته لكن لينتقل منه الى آخر هو المقصود وتلك الارادة ككثير الرماد ولو اريد نفسه الجود كان مجازا من المسبب في السبب الوجه انه مجاز اشتهر فان عنوة اشتهر في نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه نفسه تعريفا واذا فتح الامام بلدة عنوة فهو بالخيار ان شاء قسمه اي البلد بين الغانمين مع رؤوس اهلها استرقاقا واموالهم بعد اخراج الخمس لجهاته وان شاء قتل مقاتليهم وقسم ما سواهم من الاراضي والاموال والذراري ووضع على الاراضي المقسومة العشر لانه ابتداء التوظيف على المسلم وان شاء من عليهم برقابهم وارضهم واموالهم فوضع الجزية على الرؤوس والخراج على ارضهم من غير نظر الى الماء الذي يسقى به انهو ماء العشر كماء السماء والعيون والاودية والابار او ماء الخراج كالانهار التي شقتها الاعاجم لانه ابتداء التوظيف على الكافر واذا من عليهم برقابهم وارضهم فقط فمكروه الا ان يدفع اليهم من المال ما يتمكنون به من اقامة العمل والنفقة على انفسهم وعلى الاراضي الى ان يخرج الغلال والا فهو تكليف بما لا يطاق واما المن عليهم برقابهم مع المال دون الارض او برقابهم فقط فلا يجوز لانه اضرار بالمسلمين بردهم حربا علينا الى دار الحرب نعم له ان يبقيهم احرارا ذمة بوضع الجزية عليهم بلا مال يدفعه اليهم فيكونوا اجراء يكتسبون بالسعي والاعمال وله ان يسترقهم

والنساء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج لكن الاول فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في العقار اما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه

كما سيذكره وقد قيل الاولى الاول وهي قسمة الارضين وغيرها اذا كان بالمسلمين حاجة والثاني عند عدمها استدل على جواز قسمة الارض بقسمته عليه الصلوة والسلام خيبر اما في البخاري عن زيد بن اسلم عن ابيه قال قال عمر رضي الله عنه لولا آخر المسلمين ما فتحت بلدة ولا قرية الا قسمتها بين اهلها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ورواه مالك في الموطأ اخبرنا زيد بن اسلم عن ابيه قال سمعت عمر رضي الله عنه يقول لولا ان يترك آخر الناس لا شيء لهم ما فتح المسلمون قرية الا قسمتها سهمانا كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر سهمانا فظاهر هذا انه قسمها كلها والذي في ابي داود وغيره جيدا انه قسم خيبر نصفين نصفا لنوائبه ونصفا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما واخرج من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن رجال من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قسمها على ستة وثلثين سهما جمع كل سهم مائة سهم يعني لكل مائة رجل سهما وكان لهم نصف الثمانية عشر سهما ومائة سهما وسياتي لمن شهد غزوة خيبر الف واربعمائة والخيل مائتان في رواية كان الجيش الفا وخمسمائة منهم ثلثمائة فارس فاعطى الفارس سهمين واعطى الراجل يعني صاحبه سهما وستة جابر بنيا وكذلك في رواية البيهقي وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين النصف من ذلك عزل النصف لمن نزل به من الوفود والامور ونوائب المسلمين وحاصل هذا النصف بالنصف لنوائب المسلمين هو معنى مال بيت المال ثم ذكر من طريق آخر بين ان ذلك النصف كان الوطيح والكتيبة والسلالم وتوابعها فلما صارت الاموال بيد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين لم يكن لهم عمال يكفونهم عملها فدفعها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليهود يعملونها ولهم نصف ما يخرج منها فلم يزل على ذلك حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر حتى كان عمر فكثر العمال في المسلمين وقووا على العمل فاجلى عمر رضي الله عنه اليهود الى الشام وقسم الاموال بين المسلمين الى اليوم وقد اختلف اصحاب المغازي في ان خيبر فتحت كلها عنوة او بعضها صلحا وصحح ابو عمر بن عبد البر الاول وروى موسى بن عقبة عن الزهري الثاني وغلطه ابن عبد البر فانما دخل ذلك من جهة الحصنين اللذين اسلمهما اهلهما في حقن دمائهم وهما الوطيح والسلالم كما روي انه صلى الله عليه وسلم لما حاصرهم فيهما حتى ايقنوا بالهلاك سألوه ان يسيرهم وان يحقن لهم دماءهم ففعل فحاز رسول الله صلى الله عليه وسلم الاموال وجميع الحصون الا ما كان من ذينك الحصنين الى ان قال فلما لم يكن اهل ذينك الحصنين مغنومين ظن ان ذلك صلح ولعمري انه في الرجال والنساء والذرية لضرب من الصلح ولكنهم لم يتركوا ارضهم الا بالحصار والقتال وكان حكمها حكم سائر ارض خيبر كلها عنوة مقسومة بين اهلها الى ان قال ولو كان صلحا لملكها اهلها كما يملك اهل الصلح ارضهم وسائر اموالهم فالحق في ذلك ما قاله ابن اسحق عن الزهري اي انها فتحت عنوة دون ما قاله موسى بن عقبة عنه انتهى **قوله** فان شاء اقر اهلها الى قوله كذا فعل عمر بسواد العراق لا شك في اقرار عمر رضي الله عنه اهل السواد ووضع الخراج على اراضيهم على كل جريب عامر او غامر يعمله صاحبه او لم يعمله درهما وقفيزا وعلى جريب الكرم عشرة وعلى الرطاب خمسة وفرض على رقاب الموسرين في العام ثمانية واربعين وعلى من دونه اربعة وعشرين وعلى من لم يجد شيئا اثني عشر درهما فحمل في اول سنة الى عمر ثمانون الف الف درهم وفي السنة الثانية مائة وعشرين الف الف درهم الا ان في المشهور عن اصحاب الشافعي انها فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فجعلت لاهل الخمس والمنقولات للغانمين والصحيح المشهور عندهم انه لم يخصها باهل الخمس لكنه استطاب قلوب الغانمين واستردها وردها على اهلها بخراج يؤدونه كل سنة وقال ابن شريح باعها من اهلها بثمن منجم والمشهور في كتب المغازي ان السواد فتح عنوة وان عمر رضي الله عنه قطعه كما ذكرنا ولم يقسمها بين الغانمين محتجا بالقرآن ما افاء الله على رسوله الى قوله والذين جاؤا من بعدهم ثم الغنيمة بعده ولرسوله والذين جاؤا من بعدهم وانما يكون لهم بالمن بوضع الخراج

وفي العقار خلاف الشافعي لأن في المن إبطال حق الغانمين أو ملكهم فلا يجوز من غير بدل والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لأن للإمام أن يبطل حقهم أصلا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولأن فيه نظرا لأنهم كالأكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما أنه يحظى به الذين يأتون من بعد والخراج وإن قل حالا فقد جل مآلا لدوامه وإن منّ عليهم بالرقاب والأراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة **قال** وهو في الأسارى بالخيار إن شاء قتلهم لأنه عليه السلام قد قتل ولأن فيه حسم مادة الفساد وإن شاء استرقهم لأن فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام وإن شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين لما بينا إلا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين إن شاء الله تعالى ولا يجوز أن يردهم إلى دار الحرب لأن فيه تقويتهم على المسلمين فإن أسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه وله أن يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف إسلامهم قبل الأخذ لأنه لم ينعقد السبب بعد

والجزية ولما حضر هذه الآية ولم يخالفه أحد إلا نفر يسير كبلال وسلمان ونقل عن أبي هريرة رضي الله عنه فدعا عمر رضي الله عنه على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا وأصحابه قال في المبسوط فلم يحل الحول ومنهم عين تطرف ثم رجع إلى رأيه ويدل على أن قسمة الأراضي ليس حتما أن مكة فتحت عنوة ولم يقسمها النبي صلى الله عليه وسلم أرضها ولهذا ذهب مالك إلى أن بمجرد الفتح تصير الأرض وقفا للمسلمين وهو أدرى بالأخبار والآثار ودعواهم أن مكة فتحت صلحا لا دليل عليها بل على نقيضها الأترى أنه ثبت في الصحيح من قوله عليه الصلاة والسلام من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ومن أغلق بابه عليه فهو آمن ولو كان صلحا لأمنوا كلهم به بلا حاجة إلى ذلك ولما ثبت من إجارة أم هانئ من أجارته وقد أراد علي قتله وأمره عليه الصلاة والسلام بقتل ابن خطل بعد دخوله وهو متعلق بأستار الكعبة وأظهر من هذا كله قوله عليه الصلاة والسلام في الصحيحين إن الله تعالى حرم مكة يوم خلق السموات والأرض لا يختلى خلاها إلى أن قال فإن أحد ترخص لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا إن الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم فقوله لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم صريح في ذلك **قوله** وفي العقار خلاف الشافعي فعنده تقسيم الكل لأن في المن بالأرض إبطال حق الغانمين عنها أو ملكهم على قولي فلا يجوز للإمام ذلك بلا بدل يعادله والخراج لا يعادل لقلته بالنسبة إلى رقبة الأرض بخلاف الرقاب لأن للإمام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه من فعل عمر رضي الله عنه مع وجود الصحابة فلم ينكروا فكان إجماعا فإن قيل لا ينعقد الإجماع بمخالفة بلال ومن معه أجيب بأنه لم يسوغ اجتهادهم بدليل أن عمر دعا عليهم ولو سوغه لم ما دعا على المخالف ولأن فيه نظر المسلمين لأنهم يصيرون كالأكرة لهم العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة مع ارتفاع المؤن عن المسلمين وعلى هذا من النظر بالأخبار مع أنه يحظى به الذين يأتون من بعد فيحصل عموم النفع للمسلمين والخراج وإن قل حالا فقد جل مآلا فإن ما يحصل منه على طول الزمان أضعاف قيمة الأرض **قوله** وهو في الأسارى بالخيار إن شاء قتلهم يعني إذا لم يسلموا لأنه عليه الصلاة والسلام قد قتل من الأسرى إذ لا شك في قتله عقبة بن أبي معيط من أسارى بدر والنضر بن الحارث الذي قالت فيه أخته قتيلة الأبيات التي منها يا راكبا إن الأثيل مظنة من صبح خامسة وأنت موفق أبلغ بها ميتا بأن تحية ما إن تزال بها الركائب تخفق مني إليك وعبرة مسفوحة جادت بواكفها وأخرى تخنق الأبيات لقتيلة بنت عدي وهو أخو المطعم بن عدي وأما ما قال هشيم إنه قتل المطعم بن عدي فغلط بلا شك كيف وهو عليه الصلاة والسلام يقول لو كان المطعم بن عدي حيا فشفع في هؤلاء النتنى ولأن في قتلهم حسم مادة الفساد الكائن منهم بالكلية وإن شاء استرقهم لأن فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لأهل الإسلام ولهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة أن يقتل أسيرا بنفسه لأن الرأي فيه إلى الإمام فقد يرى مصلحة المسلمين في استرقاقهم فليس له أن يفتات عليه على هذا فلو قتل بلا ملجئ بأن خاف القاتل شر الأسير كان له أن يعزره إذا وقع على خلاف مقصوده ولكن لا يضمن بقتله شيئا وإن شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين لما بينا من أن عمر رضي الله عنه فعل ذلك في أهل السواد **قوله** إلا مشركي العرب والمرتدين يعني إذا أسروا فإن الكلام في الأسارى وتحقيق الأسر في المرتدين إذا غلبوا وصارت دارهم دار حرب على ما نبين إن شاء الله تعالى في باب الجزية من أنه لا يقبل منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم بل الإسلام أو السيف فإن أسلم الأسارى بعد الأسر لا يقتلهم لأن الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالإسلام ولكن يجوز استرقاقهم لأن الإسلام لا ينافي الرق جزاء على الكفر الأصلي وقد وجد بعد انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على الحربي غير المشرك من العرب بخلاف ما لو أسلموا قبل الأخذ لا يسترقون ويكونون أحرارا لأنه إسلام قبل

ولا يفادى بالأسارى عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يفادى بهم أسارى المسلمين وهو قول الشافعي رحمه الله لأن فيه تخليص المسلم فهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به وله أن فيه معونة الكفرة لأنه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الأسير المسلم لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف إلينا والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا أما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا وفي السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر ولو كان أسلم الأسير في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في أيديهم لأنه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه وهو مأمون على إسلامه **قال** ولا يجوز المن عليهم أي على الأسارى خلافا للشافعي رحمه الله فإنه يقول من رسول الله عليه السلام على بعض الأسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولأنه بالأسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا

الفداء سبب للملك فيهم **قوله** ولا يفادى بالأسارى عند أبي حنيفة هذا إحدى الروايتين عنه وعليها مشى القدوري وصاحب الهداية وعن أبي حنيفة أنه يفادى بهم كقول أبي يوسف ومحمد والشافعي ومالك وأحمد إلا بالنساء فإنه لا يجوز المفاداة بهن عندهم ومنع أحمد المفاداة بصبيانهم وهذه رواية السير الكبير قيل وهو أظهر الروايتين عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف تجوز المفاداة بالأسارى قبل القسمة لا بعدها وعند محمد تجوز بكل حال ووجه رواية الكتاب ما ذكر أن فيه معونة الكفرة لأنه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ المسلم لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه فقط والضرر بدفع أسيرهم إليهم يعود على جماعة المسلمين ووجه الرواية الموافقة لقول العامة أن تخليص المسلم أولى من قتل الكافر للانتفاع به لأن حرمته عظيمة وما ذكر من الضرر الذي يعود إلينا بدفعه إليهم يدفعه نفع المسلم الذي يخلص منهم لأنه إذا تخلص واحد فيقوم بدفعه وإن مثله ظاهرا فيتكافآن ثم تبقى فضيلة تخليص المسلم وتمكينه من عبادة الله كما ينبغي زيادة ترجيح ثم إنه قد ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرج مسلم في صحيحه وأبو داود والترمذي عن عمران بن حصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين وأخرج مسلم أيضا عن إياس بن سلمة بن الأكوع عن أبيه خرجنا مع أبي بكر أمره علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أن قال فلقيني رسول الله صلى الله عليه وسلم في السوق فقال لي يا سلمة هب لي المرأة لله أبوك أعني التي كان أبو بكر نفله إياها فقلت هي لك يا رسول الله والله ما كشفت لها ثوبا فبعث بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ففدى بها أناسا من المسلمين كانوا أسروا بمكة إلا أن هذا يخالف رأيهم فإنهم لا يفادون بالنساء فيبقى الأول **قوله** أما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا في المفاداة بالمسلمين من رده حربا علينا وفي السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر إذ لا شك في احتياج المسلمين بل في شدة حاجتهم إذ ذاك فليكن محمل المفاداة الكائنة في بدر بالمال وقد أنزل الله تعالى في شأن تلك المفاداة من العتب قوله تعالى ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض أي يكثر القتل في أعداء الله تعالى لا أسر فيفديهم منها تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة وقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق وهو أن لا يعذب أحدا قبل النهي ولم يكن نهاهم لمسكم فيما أخذتم من الغنائم والأسارى عذاب عظيم ثم أحلها له ولهم رحمة منه تعالى فقال فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا أي المجموع من الفداء وغيره وقيل للغنيمة فإن قيل لا شك أنه من الغنيمة قلنا لو سلم فلا شك أنه يجب تقييده بما إذا لم يظفر المسلمون من غير حاجة وفي ذلك تكسير المحاربين لا لأجل غرض دنيوي وفي الكشاف وغيره أن عمر رضي الله عنه كان أشار بقتلهم وأبو بكر بأخذ الفداء تقوية ورجاء أن يسلموا قال وروي أنهم لما أخذوا الفداء نزلت الآية فدخل عمر رضي الله عنه عليه عليه الصلاة والسلام فإذا هو وأبو بكر يبكيان فسأله فقال أبكي على أصحابك في أخذهم الفداء لقد عرض علي عذابهم أدنى من هذه الشجرة قال وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال لو نزل من السماء عذاب ما نجا منه إلا عمر وسعد بن معاذ لقوله كان الإثخان في القتل أحب إلي والله أعلم بذلك **قوله** ولو أسلم الأسير وهو في أيدينا لا يفادى به لأنه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه وهو مأمون على إسلامه فيجوز لأنه يفيد تخليص مسلم من غير إضرار بمسلم آخر **قوله** ولا يجوز المن على الأسارى وهو أن يطلقهم إلى دار الحرب بغير شيء خلافا للشافعي إذا رأى الإمام ذلك وبقولنا قال مالك وأحمد وجه قول الشافعي قوله تعالى فإما منا بعد وإما فداء ولأنه عليه الصلاة والسلام من على جماعة من أسارى بدر منهم العاص بن أبي الربيع على ما ذكره ابن إسحاق بسنده وأبو داود من طريقه إلى عائشة رضي الله عنها

وإذا أراد الإمام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وقال الشافعي يتركها لأنه
عليه السلام نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكلة ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكة الأعداء ثم يحرق
بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهي عنه وبخلاف العقر
لأنه مثلة وتحرق الأسلحة أيضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يطلع عليه الكفار إبطالا للمنفعة عليهم

لما بعث أهل مكة في فداء أسراهم بعثت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في فداء أبي العاص بمال وبعثت فيه بقلادة كانت خديجة أدخلتها
بها على أبي العاص حين بنى عليها فلما رآها النبي صلى الله عليه وسلم رق لها رقة شديدة وقال لأصحابه إن رأيتم أن تطلقوا لها أسيرها وتردوا
عليها الذي لها فافعلوا ففعلوا ورواه الحاكم وصححه وزاد وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد أخذ عليه أن يخلي زينب إليه ففعل وذكر ابن إسحق ممن من عليه
المطلب بن حنطب أسره أبو أيوب الأنصاري فخلى سبيله وأبو عزة الجمحي كان محتاجا ذا بنات فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن عليه وأخذ عليه أن لا يظاهر
عليه أحدا وامتدح رسول الله صلى الله عليه وسلم بأبيات ثم قدم مع المشركين في أحد فأسر فقال يا رسول الله أقلني فقال عليه الصلاة والسلام لا تمسح عارضيك
بمكة بعدها وتقول خدعت محمدا مرتين ثم أمر به فضربت عنقه ويكفي ما ثبت في صحيح البخاري من قوله عليه الصلاة والسلام في أسارى بدر لو كان المطعم بن عدي
حيا ثم كلمني في هؤلاء النتنى لتركتهم له وأعجب من قول شارح هذا لا يثبت المن لأن لو لامتناع الشيء لامتناع غيره فيفيد امتناع المن لامتناع الحياة ويخفى
على من له أدنى بصر بالكلام أن التركيب إخبار بأنه لو كلمه لتركهم وصدقه واجب فهو بأن يكون المن جائزا فقد أخبر بأنه لو طلب منه أسارى الكفار لأطلقهم
على ذلك التقدير لا يثبت منه إلا أنه جائز شرعا وكونه لم يقع لعدم وقوع ما علق عليه لا ينفي جوازه شرعا وهو المطلوب وأجاب بأنه منسوخ
بقوله فاقتلوا المشركين من سورة براءة فإنها تقتضي عدم جواز المن وهي آخر سورة نزلت في هذا الشأن وقصة بدر كانت سابقة عليها وقد
يقال إن ذلك في حق غير الأسارى بدليل جواز الاسترقاق فيه فعلم أن القتل المأمور حتما في غيرهم قوله (وإذا أراد الإمام العود ومعه مواش) من
مواشي أهل الحرب فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها ثم أحرقها ولا يعقرها كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان وعقر جعفر بن
أبي طالب فرسه ربما كان لعلمه عدم النسخ في تلك الوقعة فخشي أن ينال المشركون فرسه فلم يتمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال
أو كان قبل نسخ المثلة أو علمه بها ولا يتركها وقال الشافعي وأحمد يتركها لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكلة قلنا هذا غريب لم يعرف
عنه عليه الصلاة والسلام ثم روي من قول أبي بكر نفسه رواه مالك في موطئه عن يحيى بن سعيد أن أبا بكر رضي الله عنه بعث جيوشا إلى الشام
فخرج يتبع يزيد بن أبي سفيان فقال إني أوصيك بعشر لا تقتلن صبيا ولا امرأة ولا كبيرا هرما ولا تقطعن شجرا مثمرا ولا تعقرن شاة ولا بقرة إلا
لمأكلة ولا تحرقن ولا تخربن عامرا ولا تغرقن نخلا ولا تجبن ولا تغلل ثم هو محمول على ما إذا أمن الفتح وصيرورة البلاد دار الإسلام وكان
ذلك هو المستمر في بعوث أبي بكر رضي الله عنه فيما تبادره كان ذلك وقد قلنا بذلك وذكرنا فيما تقدم أنه إذا كان كذلك فلا يحرق ولا
يخرب لأنه إتلاف مال المسلمين ألا ترى إلى قوله ولا تحرق وهو رضي الله عنه قد علم قوله عليه الصلاة والسلام حرقها ... ثم حرق
لتعين مجرد ذبح الحيوان وإنه لغرض الأكل جائز لأنه غرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكتهم وتعريضهم على الهلكة والموت وإنما يحرق لتقطع
منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان والتحريق لهذا الغرض الكريم بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهي عنه وفيه أحاديث كثيرة منها
حديث البخاري عن أبي هريرة قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعث فقال لنا إن وجدتم فلانا وفلانا فأحرقوهما بالنار فلما خرجنا دعانا رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال إن وجدتم فلانا وفلانا فاقتلوهما ولا تحرقوهما فإنه لا يعذب بها إلا الله ورواه البزار وسماهما هبار بن الأسود ونافع بن
عبد القيس وطولا البيهقي وذكر ابن السكن أنهما كانا روعا زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجت لاحقة به عليه الصلاة والسلام
حتى ألقت ما في بطنها والقصة مفصلة عند ابن إسحق معروفة لأهل السيرة وذكر البخاري أيضا تحريق علي رضي الله عنه الزنادقة الذين أتي بهم

ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام وقال الشافعي لا بأس بذلك وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الأصل عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهى له أن سبب الملك الاستيلاء إذا ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى إثبات اليد وقد تحقق ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني معدوم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهر

فبلغ ذلك ابن عباس فقال لو كنت أنا لم أحرقهم لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا بعذاب الله ولقتلتهم لقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وأخرج البزار في مسنده عن عثمان بن حيان قال كنت عند أم الدرداء فأخذت برغوثا فرميته في النار فقالت سمعت أبا الدرداء يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعذب بالنار إلا رب النار هذا وتحرق الأسلحة أيضا وما لا يحرق منها كالحديد يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار إبطالا للمنفعة عليهم وما في فتاوى الولوالجي تترك النساء والصبيان في أرض غامرة أي خربة حتى يموتوا جوعا كيلا يعودوا حربا علينا لأن النساء يبقى بهن النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حربا علينا فبعيد لأنه قتل بما هو أشد من القتل الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم في النساء والصبيان لما فيه من التعذيب ثم هم قد صاروا أسارى بعد الاستيلاء وقد أوصى النبي صلى الله عليه وسلم بالأسارى خيرا حدث ابن إسحق عن نبيه ابن وهب أخي بني عبد الدار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أقبل بالأسارى فرقهم بين أصحابه وقال استوصوا بالأسارى خيرا فقال أبو عزيز مر بي أخي مصعب بن عمير ورجل من الأنصار يأسرني فقال له شد يديك به فإن أمه ذات متاع قال وكنت في رهط من الأنصار حين أقبلوا بي من بدر فكانوا إذا قدموا غداءهم وعشاءهم خصوني بالخبز وأكلوا التمر لوصية رسول الله صلى الله عليه وسلم إياهم بنا ما تقع في يد رجل منهم كسرة من الخبز إلا نفحني بها قال فأستحيي فأردها على أحدهم فيردها علي ما يمسها فكيف يجوز أن يقتلوا جوعا اللهم إلا أن يضطروا إلى ذلك بسبب عدم الحمل والميرة فيتركوا ضرورة والله أعلم **قوله** ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام قال الشافعي لا بأس بذلك إذا انهزم الكفار وعن أبي يوسف الأحب إلي أن لا يقسمها حتى يحرزها ذكره الكرخي وعنه إن لم يكن مع الإمام حمولة يحملها عليها قسمها في دار الحرب وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا وعنده يثبت بالهزيمة ويلزمه أن قسمة الإمام هناك لا يفيد ملكا إلا إن كان عن اجتهاد فإنه أمضى القضاء في فصل مجتهد فيه أو كان لحاجة فإن الحاجة موضعها مستثنى عنه واعلم أن حقيقة مذهبه أن الملك يثبت للغانم بأحد أمرين إما بالقسمة حيثما كان أو باختيار الغانم التملك ليس هو قائلا إن الملك يثبت للغانمين بالهزيمة كما نقلوا عنه وعندنا لا يثبت إلا بالقسمة في دار الإسلام فلا يثبت بالإحراز بدار الإسلام ملك لأحد بل يتأكد الحق ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الإحراز لا يعتق ولو كان هناك ملك مشترك لعتق بعتق الشريك ويجري فيه ما عرف في عتق الشريك ويخرج الفروع المختلفة على هذا منها لو وطئ بعض الغانمين في دار الحرب واحدة من السبي فولدت فادعاه ثبت نسبه عنده لوطئه جارية مشتركة بينه وبين غيره بمجرد الهزيمة بل لاختيار التملك فبالهزيمة ثبت لكل حق التملك فإن سلمت بحصته من الغنيمة أخذها إلا أخذها وكمل من ماله قيمتها يوم الحمل وعندنا لا يثبت نسبه وعليه العقر لأنه لا يجد لثبوت سبب الملك فتقسم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين ولكن لو استولدها بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة عندنا وإن تأكد الحق لأن الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يكون إلا بعد قيام الملك في المحل بخلاف استيلاد جارية الابن لأن له ولاية التملك فيتملكها بناء على الاستيلاد وليس له هنا تملك الجارية بدون رأي الإمام نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات أو العرافة فوقعت جارية بين أهل راية صح استيلاد أحدهم لها وكذا يصح عتقه لها لأنها مشتركة بينه وبين أهل الراية شركة ملك فعتق أحد الشركاء نافذ لكن هذا إذا قلوا حتى تكون الشركة خاصة أما إذا كثروا فلا لأن بالشركة العامة لا يثبت ولاية الإعتاق قال والقليل إذا كانوا مائة أو أقل وقيل أربعون وفيه أقوال أخر قال في المبسوط والأولى أن لا يتوقت ويجعل موكولا إلى اجتهاد الإمام ومنها جواز البيع من الإمام لبعض الغنيمة يجوز عندهم لا عندنا مبني على ذلك ومنها لو مات بعض الغزاة أو قتل في دار الحرب لا يورث سهمه عندنا ويورث عنده بناء

ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة كراهة تنزيه عند محمد فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الافضل ان يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة

على التاكيد بالهزيمة حتى صح البيع والتاكيد يكفي للارث الا ترى انا نقول انه يورث اذا مات في دار الاسلام قبل القسمة للتاكد لا للملك لانه لا ملك قبل القسمة وهذا لان الحق المؤكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط ويستدل على ضعف الحق قبلها باباحة تناول الطعام في دار الحرب بلا ضرورة وبعدم ضمان ما اتلف من الغنيمة قبل الاحراز بخلاف ما بعده فكان حقا ضعيفا كحق كل مسلم في بيت المال والشافعية ان منعوا الثاني لم يمنعوا الاول ومنها لو لحق المدد في دار الحرب قبل القسمة شارك عندنا لا عنده للتاكد وعدمه اما الثابت للغزاة بعد الهزيمة حق الملك لا حق التملك ولهذا لو اسلم الاسير قبل الاحراز بدار الاسلام لا يعتق وكذا ارباب الاموال اذا اسلموا بعد ما اخذ قبل الاحراز لا يملكون شيئا بل هم من جملة الغزاة في القسمة وفي الاستحقاق بسبب الشركة في الاحراز بدار الاسلام بمنزلة المدد وذكر في النهاية ومعناه اذا لم يؤخذوا وان اسلموا بعد الاخذ لا يزيل عنهم الرق فلا يستحقون في الغنيمة كالمدد وفي التحفة لو اتلف واحد من الغزاة شيئا من الغنيمة لا يضمن عندنا قال وبعض الاحراز بدار الاسلام يتاكد حق الملك ليستقر ولهذا قالوا لو مات واحد من الغزاة يورث نصيبه ولو باع الامام جاز ولو لحقهم المدد لا يشاركون لتعين الشركة وهذا المذكور في التحفة مع ما في المبسوط حيث قال واما عندنا فالحق يثبت بنفس الاخذ ويتاكد بالاحراز ويملك بالقسمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتاكد بالطلب ويتم بالملك بالاخذ وما دام الحق ضعيفا لا يجوز القسمة لانه دون الملك الضعيف في البيع قبل الشفعة ووجه المعرقول الشافعي بان سبب الملك تم بالهزيمة لان بها تحقق الاستيلاء على مال مباح فيملكه وهذا لانه ليس معنى الاستيلاء على مال مباح الا سبق اليد اليه على وجه القهر والاستيلاء كما في الصيد والحطب ولانه صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر وبني المصطلق واوطاس في ديارهم ولنا منع ان السبب تم فان تمامه ثبوت اليد الناقلة اي قدرة النقل والتصرف كيف شاء انفاذا وهذا انتفت عنه ما دام في دار الحرب لان الظهور عليهم والاستيلاء منهم ليس ببعيد الا ترى ان الدار مضافة اليهم فدل انه مقهور ما دام فيها ازعاجا من القهر بدليل ان له ان يتركها دار حرب ويتصرف عنها فكان ظاهرا من وجه مقهورا من وجه فكان استيلاء من وجه دون وجه فلم يتم سبب ملك المباح فلم يملك فلم تصح القسمة لانها بيع معنى فان البيع مبادلة وفي القسمة ذلك فان كل شريك لما اجتمع نصيبه في العين كان ذلك عوضا عن نصيبه من الباقي بخلاف ما اذا خرج العبد مراغما حيث يعتق بوصوله الى عسكر المسلمين وان كان في دار الحرب كذا المراة المراغمة تبين بذلك فانه بالنص بقوله عليه الصلوة والسلام في عبيد الطائف هم عتقاء الله ولان ذلك يد على نفسه ويكفي فيه ابتناء ظاهر في الحال قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار الاية وقسمة النبي صلى الله عليه وسلم غنائم حنين كان بعد منصرفه الى الجعرانة وكانت اول حدود دار الاسلام لان مكة فتحت وارض حنين وبني المصطلق بعد فتح مكة واجري احكام الاسلام فيها وهذا لان دار الحرب تصير دار الاسلام باجراء الاحكام وثبوت الامن للمقيم من المسلمين فيها وكونها مباحة لدار الاسلام على قوله وعلى قولهما بالاول فقط وانت اذا علمت ان الخلاف ليس كما قيل بل الاتفاق على ان الملك لا يثبت قبل القسمة بمجرد الهزيمة بل في ان القسمة توجب الملك في دار الحرب امكنك ان تجعل الدليل من الجانبين على ذلك تقريره للشافعي انه لا مانع من صحتها في دار الحرب لتمام الاستيلاء على المباح فاذا اتصل به القسم ملك ولنا منع تمام السبب فلا يفيد القسمة الملك الا عند تمامه وهو في دار الاسلام واعلم ان القسمة انما لا تصح اذا قسم بلا اجتهاد او اجتهد فوقع على عدم صحتها قبل الاحراز اما اذا قسم في دار الحرب مجتهدا فلا شك في الجواز وثبوت الاحكام

قال والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذا اذا لم يقاتل لمرض او لغيره لما ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافا للشافعي بعد انقضاء القتال هو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او بيعه المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد

واما الحديث الذي ذكره وهو انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب فغريب جدا ثم ذكر المصنف خلافا في ان المراد في عدم جواز القسمة قبل الاحراز او في كراهتها فقيل المراد عدم جواز القسمة حتى لا يثبت الاحكام من حل الوطي ونفاذ البيع وغيره وقيل الكراهة بلا بطلان القسمة لانهم اذا اشتغلوا بها يتكاسلون في امر الحرب وربما يتفرقون وربما يكر العدو على بعضهم فكان المنع لمعنى في غير المنهي عنه فلا يعدم الجواز ثم قال المصنف هي كراهة تنزيه عند محمد فالافضل ان لا يقسم في دار الحرب لانه صلى الله عليه وسلم ما قسم الا في دار الاسلام والا فقال المتفقة في الاوثار الخنانة لا يكون الا الداع هي كراهة خلافه او البطلان والكراهة ادنى فيحمل عليه للتيقن به قيل ونقل الخلاف بهذا وان كان في المبسوط غير جيد لانه لم يعرف خلاف عنهم الا ما يروى عن ابي يوسف وهذا لان المسائل الاتفاقية الموضوعة مصرحة بعدم صحة القسمة قبل الاحراز مثل ما سياتي ان من مات من الغانمين لا يورث حقه من الغنيمة وانه لا يباع من ذلك لعلف ونحوه شئ ومنها عدم جواز التنفيل بعد الاحراز وجوازه قبله ومشاركة المدد اللاحق قبل الاحراز ثم وجه الكراهة بقوله لان دليل البطلان اي لبطلان القسمة قبل الاحراز راجح على دليل جوازها الا انه تقاعد عن سلب الجواز لانه لما لم يثبت سلب الجواز بالاتفاق لم يبطل المرجوح واذا لم يبطل حصل من معارضة الدليلين الراجح والمرجوح الكراهة كما في سور الهرة لما انتفت النجاسة لم تنتف الكراهة وهذا الكلام نبو عن القواعد فان الاجماع على وجوب العمل بالراجح من الدليلين وترك المرجوح ان كان الراجح دليل البطلان تعين الحكم بالبطلان عند المجتهد الذي ترجح عنده وكون المخالف ولا اجماع لا يوجب بل لا يجوز لذلك المجتهد النزول عن مقتضاه والا فكل خلافية من المسائل كذلك اذا لزم حكم البطلان فما موجب اثبات الكراهة والمتحقق في سور الهرة ثبوتها لعدم تحاميها النجاسة لان دليل الحرمة اللحم الموجب لنجاسة السور عارضه شدة المخالطة ورجح عليها فانتفت النجاسة والكراهة حكم شرعي يحتاج خصوصه الى دليل وشدة المخالطة دليل الطهارة فقط فبقي الكراهة بلا دليل وهذا اذا لم يكن للمسلمين حاجة اما اذا احتاجت لهم في دار الحرب بالثياب والمتاع ونحوها قسمها في دار الحرب **قوله** والردء اي العون والمقاتل اي المباشر للقتال مع الكفار وكذا امير العسكر سواء في الغنيمة لا يتميز واحد منهم على آخر بشئ وهذا بلا خلاف لاستواء الكل في سبب الاستحقاق وسنبين في ما سياتي ان شاء الله تعالى **قوله** واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركهم اي المدد فيها وعن الشافعي فيه قولان وهو ما ذكرناه بناء على ما مهدناه من ان الملك لا يتم للغانمين قبل احراز الغنيمة بدار الاسلام فجاز ان يشاركهم المدد واذا قام به الدليل ولا ينقطع حق المدد الا بثلاثة امور الاحراز بدار الاسلام والقسمة بدار الحرب وبيع الامام الغنيمة قبل لحاق المدد هذا وعلى ما حققناه لا يبتنى تاكد الحق وعدمه وما استدل به الشافعي من صحيح البخاري عن ابي هريرة رض بعث عليه الصلوة والسلام ابانا على سرية قبل نجد فقدم ابان واصحابه على رسول الله صلى الله عليه وسلم في خيبر بعد ما افتتحها الى ان قال فلم يقسم لهم لا دليل لهم فيه لان وصول المدد في دار الاسلام لا يوجب شركة وخيبر صارت دار الاسلام بمجرد فتحها فكان قدومهم والغنيمة في دار الاسلام واما اسهامه لابي موسى الاشعري على ما في الصحيحين عنه قال بلغنا مخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن باليمن فخرجنا مهاجرين اليه انا واخوان لي انا اصغرهم احدهما ابو بردة والآخر ابو رهم في بضع وخمسين رجلا من قومي فركبنا سفينة فالقتنا الى النجاشي فوافقنا جعفر بن ابي طالب واصحابه عنده فقال جعفر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثنا ههنا وامرنا بالاقامة فاقيموا معنا فاقمنا حتى قدمنا فوافينا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين فتح خيبر

قال ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي رح يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا انه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو قتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر رض او تاويله ان يشهد على قصد القتال

واذا لم يكن للامام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها قال رض هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا انه اذا كان في الغنيمة حمولة حمل عليها لانه مال المسلمين وكذا اذا كان للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي وقد بيناه ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي رح من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه

قاسمنا ولم يسهم لاحد غاب عن فتح خيبر الا لاصحاب سفينتنا فقال ابن حبان انما اعطاهم من خمس الخمس ليستميل قلوبهم لا من الغنيمة وهو حسن الا ترى انه لم يعط غيرهم ممن لم يشهد او حمل لبعض الشافعية على انهم شهدوا وقيل حاز الغنائم خلاف مذهبهم فانه لا فرق عندهم في عدم الاستحقاق بين كون الوصول قبل الاحراز او بعد كونه بعد الفتح **قوله ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة** لا سهم ولا رضخ الا ان يقاتلوا فح يستحقون السهم وبه قال مالك واحمد وللشافعي قولان احدهما كقولنا والآخر يسهم لهم واستدل الشافعي بما روي عنه مرفوعا انه قال الغنيمة لمن شهد الوقعة والصحيح انه موقوف على عمر كما ذكره المص ذكره ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا وكيع ثنا شعبة عن قيس بن مسلم عن طارق عن ابن شهاب ان اهل البصرة غزوا نهاوند فامدهم اهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر رض فظهروا فاراد اهل البصرة ان لا يسهموا لاهل الكوفة فقال رجل من بني تميم ايها العبد الاجدع تريد ان تشاركنا في غنائمنا وكانت اذنه جدعت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خير اذني سببت ثم كتب الى عمر رض فكتب عمر ان الغنيمة لمن شهد الوقعة ورواه الطبراني والبيهقي وقال وهو صحيح من قول عمر واخرج ابن عدي عن علي كرم الله وجهه الغنيمة لمن شهد الوقعة وهذا قول صحابي وهو لا يرى جواز تقليد المجتهد اياه وكذا اسنده الكرخي عن مشايخنا وعلى قول الآخرين تاويله ان شهد على قصد القتال والوقعة هي القتال وهو معنى قول صاحب المجمل الوقعة صدمة الحرب وشهوده على قصد القتال انما يعرف باحد امرين باظهار خروجه للجهاد والتجهيز له لا لغيره ثم المحافظة على ذلك القصد الظاهر وهذا هو السبب الظاهر الذي تنبني عليه الحكم واما بحقيقة قتاله بان كان خروجه ظاهرا لغيره كالسوقي وسائس الدواب فان خروجه ظاهر لغيره فلا يستحق بمجرد شهوده اذ لا دليل على قصد القتال فاذا قاتل ظهر انه قصده غير انه ضم اليه شيئا آخر كالتجارة في الحج لا ينتقص به ثواب حجه وعلى كون هذا السبب ما قلنا فرع ما لو اسر في دار الحرب فاصابوا بعده غنيمة ثم انفلت فلحق بالجيش قبل ان يخرجوا شاركهم فيها وفي كل ما اصابوه وان لم يلقوا قتالا بعده ولو لحق بعسكر غير الذي خرج معهم وقد اصابوا غنائم لا يشاركهم الا ان يلقوا قتالا بعد فيقاتل معهم لانه ما انعقد له سبب الاستحقاق معهم ولما كان قصده من اللحوق بهم الفرار فلا يستحق الا ان يقاتلوا فيقاتل معهم لانه ح تبين انه قصد باللحاق بهم القتال وكذا من اسلم في دار الحرب ولحق بالعسكر والمرتد اذا تاب ولحق بالعسكر والتاجر الذي دخل بامان اذا لحق بالعسكر ان قاتلوا استحقوا والا فلا شيء لهم **قوله واذا لم يكن للامام حمولة** بفتح الحاء ما يحمل عليه من بعير وفرس وغيره يقسمها بينهم فقيل قسمة الغنيمة في دار الحرب للحاجة فيكون هذا القسمة بالاجتهاد فتصح وقيل قسمة ايداع الى دار الاسلام ليستردها ويقسمها ثم على هذا يكون بالاجرة وهل يكرههم على ذلك في السير الصغير لا يكرههم لانه انتفاع بمال الغير لا يطلب من نفسه فهو كمن نفقت دابته في دار الاسلام ومع رفيقه دابة ليس له ان يحمل عليها كرها باجر المثل ابتداء بخلاف بقاء كما اذا انقضت مدة اجارة السفينة في وسط البحر او البعير في البرية فانه ينعقد بينهما اجارة باجر المثل جبرا وفي السير الكبير يكرههم لانه دفع الضرر العام بالضرر الخاص ولان منفعتهم راجعة اليهم والاجرة من الغنيمة والاوجه انه ان خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا وان لم يخف قسمها قسمة الغنيمة في دار الحرب فانه يصح للحاجة وفيه اسقاط الاكراه واسقاط الاجرة قوله في المختصر اي القدوري **قوله ولا يجوز بيع الغنائم في دار الحرب** لعدم الملك لقوله وقد بينا الاصل فيه وهذا في بيع الغزاة ظاهر اما بيع الامام لها فذكر الطحاوي انه يصح لانه مجتهد فيه يعني انه لابد ان يكون للامام رأي المصلحة في ذلك واقله تخفيف اكراه الحمل عن الناس او عن البهائم ونحوه وتخفيف مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد في المصلحة فلا يقع جزافا فينعقد بلا كراهة مطلقا **قوله ومن مات من الغانمين** تقدم تفريعها على عدم الملك قبل دار الاسلام

قال ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال العبد الضعيف لم يقيد الحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في الأخرى وجه الأولى أنه مشترك بين الغانمين فلا يباح الانتفاع به إلا للحاجة كما في الثياب والدواب وجه الأخرى قوله عليه السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لأن الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على أصل الإباحة للحاجة بخلاف السلاح لأنه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس إليه الحاجة فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم إذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت **قال** ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة إلى جميع ذلك ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتأويله إذا احتاج إليه بأن لم يكن له سلاح وقد بيناه ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه لأن البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه إنما هو إباحة وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لأنه لا ضرورة إلى ذلك فإن باعه أحدهم رد الثمن إلى الغنيمة لأنه بدل عين كانت للجماعة وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك إلا أنه يقسم الإمام بينهم في دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب والدواب والمتاع لأن المحرم يستباح للضرورة فالكراهة أولى وهذا لأن حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان أولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة لأنه إذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين فإن احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف السبي إذا احتاجوا إليه لا يقسم لأنه من فضول الحوائج

وهو المراد بقوله وقد بيناه **قوله** ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام علف الدابة علفا من باب ضرب فهو معلوفة وعليف والعلف ما اعتلفه وحاصل ما هنا أن الموجود إما يؤكل أولا وما يؤكل إما يتداوى به كالهليلج أولا فالثاني ليس لهم استعماله إلا ما كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بأن مات فرسه أو انكسر سيفه أما إذا أراد أن يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك لا يجوز ولو فعل أثم ولا ضمان عليه لو تلف نحو الحطب بخلاف الخشب المنحوت لأن الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم ببعض المستحق على وجه يكون أخذ الملك فضلا عن الاستحقاق بخلاف حالة الضرورة فإنها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرده إلى الغنيمة إذا انقضى الحرب وكذا الثوب إذا ضره البرد يستعمله ثم يرده إذا استغنى عنه ولو تلف قبل الرد لا ضمان عليه ولو احتاج الكل إلى الثياب والسلاح قسمها ولم يذكر محمد قسمة السلاح ولا فرق كما ذكر المص لأن الحاجة في السلاح والثياب واحد بخلاف السبي لا يقسم إذا احتيج إليه لأنه من فضول الحوائج لا من أصولها فيستصحبهم إلى دار الإسلام مشاة فإن لم يطيقوا وليس معه فضل حمولة قتل الرجال وترك النساء والصبيان وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل بالأجر فيه روايتان تقدمتا وأما ما يتداوى به فليس لأحد تناوله وكذا الطيب والأدهان التي لا تؤكل كدهن البنفسج لأنه ليس في محل الحاجة إلى المفضول وقال عليه الصلاة والسلام ردوا الخيط والمخيط ولأنه لو تحقق بأحدهم مرض يحوجه إلى استعمالها كان له ذلك كلبس الثوب فيعتبر حقيقة الحاجة وأما ما يؤكل لا للتداوي سواء كان مهيأ للأكل كاللحم المطبوخ والخبز والزيت والعسل والسكر والفاكهة اليابسة والرطبة والبصل والشعير والتبن والأدهان المأكولة كالزيت والسمن فلهم الأكل والادهان بتلك الأدهان لأن الادهان انتفاع في البدن كالأكل ويوقحوا الدواب بها وتوقيح الدابة تصليب حافرها بالدهن إذا حفي من كثرة المشي والراء تصحيف كذا في المغرب لكن الأصح جوازه ونقل عن المص بالراء من الترقيح وهو الإصلاح قال هكذا قرأنا على المشايخ وفي الجمهرة رقح معيشته ترقيحا إذا أصلحها والتشديد للتكثير ... من الناس الذي لا نظام لهم فالترقيح أعم من التوقيح وكذا أكل ما يكون مباحا كالغنم والبقر فلهم ذبحها وأكلها ويردون الجلد إلى الغنيمة ثم شرط في السير الصغير الحاجة إلى التناول من ذلك وهو القياس ولم يشترطه في السير الكبير وهو الاستحسان وبه قالت الأئمة الثلاثة فيجوز لكل من الغني والفقير تناوله إلا التاجر والداخل لخدمة الجندي بأجر لا يحل لهم ولو فعلوا لا ضمان عليهم ويأخذ ما يكفيه هو ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانه الذين دخلوا معه وينبغي أن يأخذ ما يكفي الداخل لخدمته كعبده لأن نفقته عليه عادة فصار الحاصل منع الداخل بنفسه دون الغازي أن يأخذه لأجله ولأن دليل الحاجة قائم وهو كونه في دار الحرب منقطعا عن الأسباب فيدار الحكم عليه بخلاف نحو السلاح والثياب بناء على حقيقة الحاجة والحديث الذي ذكره المص من قوله عليه الصلاة والسلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها رواه البيهقي أنبأنا علي بن محمد بن بشران أنبأنا أبو جعفر الرازي ثنا أحمد بن حنبل ثنا الواقدي عن عبد الرحمن بن الفضل عن العباس بن عبد الرحمن الأشجعي عن أبي سفيان عن عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر كلوا واعلفوا ولا تحملوا وأخرجه الواقدي في مغازيه بغير هذا السند وهذا الإطلاق يوافق رواية السير الكبير وأخرج أبو داود عن عبد الله بن أبي أوفى أصبنا طعاما يوم خيبر وكان الرجل يجيء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينصرف وأخرج البيهقي عن هانئ بن كلثوم أن صاحب جيش الشام كتب إلى عمر إنا فتحنا أرضا كثيرة الطعام والعلف فكرهت أن أتقدم لشيء من ذلك إلا بأمرك فكتب إليه دعهم يعلفون

قال ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق واولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده فان ظهرنا على دار الحرب فعقاره فيء وقال الشافعي رح هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح الآخر وفي قول محمد رح وهو قول ابي يوسف رح الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد رح تثبت

ولا يملكون ثمن ما باع شيئا بسبب او قسمة فيه خمس وسهام للمسلمين وهذا دليل ما ذكر في الكتاب من قوله ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه فان باعوا ردوا الثمن الى الغنيمة لانه عوض عين مشتركة بين الغانمين استحقاقا قوله ومن اسلم منهم هنا اربع مسائل احدها اسلم الحربي في دار الحرب ولم يخرج الينا حتى ظهر على الدار والحكم فيها ما ذكر في الكتاب من انه احرز نفسه وولده الصغار وما كان في يده من المنقولات الى آخر ما سنذكر ثانيها اسلم في دار الحرب ثم خرج الينا ثم ظهر على الدار فجميع ما هناك فيء الا اولاده الصغار لانه حين اسلم كانوا تبعا له فصاروا مسلمين فلا يرد الرق عليهم ابتداء بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنه بالتباين فيغنم وما اودع مسلما او ذميا ليس فيئا لان يدهما يد صحيحة على ذلك المال فيندفع احراز المسلم فيرد عليه وما اودع حربيا ففي ظاهر الرواية فيء وعن ابي حنيفة انه له لان يده ثابتة بيده وجه الظاهر انها ليست يدا صحيحة حتى لا يندفع اغتنام المسلمين عن امواله ثالثها ان يسلم في دار الاسلام ثم ظهرنا على داره فجميع ما خلفه فيها من الاولاد والصغار والمال فيء لان تباين الدارين قاطع للعصمة فبالظهور ثبت الاستيلاء على غير معصوم اما في غير الاولاد فظاهر واما فيهم فلانهم لم يصيروا مسلمين باسلامه لانقطاع التبعية بتباين الدارين فكانوا من جملة الاموال رابعها دخل المسلم او الذمي دار الحرب بامان فاشترى منهم اموالا واولادا ثم ظهرنا على الدار فالكل له الا الدور والارضين فانها فيء لان يده صحيحة لانه مسلم فتكون يده محرزة دافعة لاحراز المسلمين اياها الا الارضين فالوجه فيها ما سنذكره ومن قاتل من عبيده فيء وامرأته لحلول الحرابة وما في بطنها فيء ووديعته ولو عند حربي له لانه ما دام في دار الحرب فيده عليها ولنأت الى مسألة الكتاب قال ومن اسلم منهم الخ قال المصنف معناه في دار الحرب قيد به احترازا عما لو اسلم مستأمنا في دار الاسلام ثم ظهر على الدار فان جميع ما خلفه فيها فيء على ما ذكرناه ونحو ذلك اعم من كونه خرج الينا او لم يخرج الينا والحكم المذكور يخص ما اذا لم يخرج حتى ظهر على الدار لما سمعت آنفا من ان الذي خرج ثم ظهر على الدار عندنا لا يحرز غير بنيه فلا بد من تقييده بكل من كونه في دار الحرب وكونه لم يخرج حتى ظهر على الدار وقوله يحرز نفسه واولاده الصغار لانهم مسلمون تبعا وكل مال بالنصب عطفا على نفسه من نقد وعبيد واماء لقوله عليه الصلوة والسلام من اسلم على مال فهو له قال محمد حدثنا ابن لهيعة حدثنا ابو الاسود عن عروة بن الزبير ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اسلم على شيء فهو له احسن من هذا السند سعيد بن منصور حدثنا عبد الله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة بن الزبير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وهذا مرسل صحيح وروى ابو داود عن ابان بن عبد الله بن ابي حازم عن ابيه عن جده صخر بن العيلة انه عليه الصلوة والسلام غزا ثقيفا فساق الى ان قال فدعاه اي دعا صلى الله عليه وسلم صخرا فقال له ان القوم اذا اسلموا احرزوا دماءهم واموالهم ثم ساق الى ان قال وسأل نبي الله صلى الله عليه وسلم ماء لبني سليم فانزله اياه واسلم يعني السلميين وساقه الى ان قال فقالوا يا رسول الله اسلمنا واتينا صخرا ليدفع الينا ماءنا فابى فدعاه فقال يا صخر ان القوم اذا اسلموا احرزوا دماءهم واموالهم فادفع الى القوم ماءهم وابان هذا مختلف في توثيقه وتضعيفه وصخر بن العيلة بعين مهملة مفتوحة ثم ياء مثناة من تحت ويقال ابن ابي العيلة ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه وقوله او وديعة اي وما هو وديعة في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة بالنصب ووديعته ويده اي يد المودع كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء وما له من زرع قبل ان يحصد لانه تبع للارض وقال الشافعي هو له لانه في يده فهو كالمنقول لم يذكر خلافا

وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها فيء خلافا للشافعي رحمه هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا انه جزءها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعا لاهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان او وديعة لان يده ليست بمحترمة وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا يكون فيئا قال العبد الضعيف رحمه الله كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد رح لان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان محلا للتملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة

في شرح الجامع الصغير ونقل المص عن بعضهم نقل الخلاف فقال وقيل هذا قول ابي حنيفة رح وابي يوسف الآخر وفي قول محمد وهو قول ابي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد لا تثبت حقيقة على العقار عندهما وعند محمد تثبت وحكى شمس الائمة على خلاف هذا فقال فاما عقاره فهو فيء في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف استحسن فاجعل عقاره له لانه ملك محترم له كالمنقول انتهى وحكى غيره ان عندهما لا يصير فيئا وعند ابي حنيفة هو فيء ووجه ما ذكره المص بقوله ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة بل حكما ودار الحرب ليست دار احكام فكانت يده غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار وبعد ظهورهم يدهم اقوى من يد السلطان واهل الدار لانها جعلتها شرعا سالبة لما في ايديهم فظاهر ما ذكرناه من حديث ابان لشهد له غير فيء فانه قال لصخر منهم ماهم ان القوم اذا اسلموا احرزوا اموالهم فسماه مالا والمراد من المال الارض التي فيها الماء لا النخل لما يخصوصه الاثر الى قوله التي فانزله اياه والاستدلال لقوله عليه الصلوة والسلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم بناء على تسميتها مالا في ذلك الحديث لكن قد ضعف ابانا جماعة مع احتمال ان يراد حقيقة الماء وتنزول لازم لاجله قال وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها فيء وان حكم باسلامه تبعا بخير الابوين دينا خلافا للشافعي هو يقول انه مسلم كالمنفصل ولنا انه جزءها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره كما لو تزوج امة الغير يكون اولاده مسلمين ارقاء بخلاف المنفصل لانعدام الجزئية واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون لا يتبعونه في الاسلام والخلاف في هذا ومن قاتل من عبيده فهو فيء خلافا للائمة الثلاثة والظاهر معهم لانه لم يخرج عن كونه مالا ولاصحابنا انه لما قاتل والفرض ان سيده مسلم فقد تمرد على مولاه فخرج عن يده فصار تبعا لاهل دارهم فنقضت النسبة بالمالية الى مولاه لان كمال معنى المالية بالملك واليد وعن هذا قلنا ما كان من ماله في يد حربي غصبا فهو فيء لارتفاع يده للغصب واليد التي خلفت ليست صحيحة ولا محترمة لان الحربي الغاصب ملكه بالغصب لان دار الحرب دار القهر والغلبة قال الفقيه ابو الليث وكذا اذا كان وديعة عند حربي عندنا خلافا للائمة الثلاثة في الفصلين لاطلاق الحديث ولابي يوسف ومحمد في فصل الوديعة ان يد المودع كيده ولو كانت في يده حقيقة لا يكون فيئا فكذا اذا كانت في يده حكما بخلاف الغصب لانه ليس في يده حقيقة ولا حكما ولابي حنيفة ان يد الحربي ليست محترمة الا ترى انها لا تدفع يد الغانمين عن ماله فلا تدفع يدهم عن مال غيرهم واورد ان يد المودع الحربي لما قامت مقام يده وجب ان تعمل عمل الاصل وهو يد المسلم لا بوصف نفسها كما ان التراب لما كان خلفا عن الماء عمل بصفة الماء رفع الحدث فيكون المال معصوما بالعصمة صاحبه اجيب بجوابين احدهما ان المال في الاصل غير معصوم بل على الاباحة وانما تثبت العصمة تبعا لمالك تبعية للعصمة انما تثبت اذا ثبتت يد المالك المعصوم حقيقة او حكما مع الاحترام وكلاهما انتفت هنا وهذا انما قد يمنع فيه عدم الاحترام بل والحكمية محترمة وغير المحترمة هي يد الحربي الحقيقية الثاني ان قيام يد المودع حقيقي وهو الحربي وقيام يد المودع المسلم حكمي فاعتبار الحكم ان اوجب العصمة فاعتبار الحقيقة ينفيها والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك ويرد على هذا منع انها لم تكن ثابتة بل كانت معلومة الثبوت في حين اسلم للاجماع على ثبوت ملكه حال كونه في يد الحربي والنص اوجب في ملكه العصمة بالاسلام واما ما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فقال المص هو فيء عند ابي حنيفة خلافا لهما وقال كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وفي بعض النسخ وقالا لا يكون فيئا الى ان قال وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد فلا شك ان هذا تكرار لا معنى له ثم قال في النهاية انه تتبع النسخ والصحيح منها

وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لأن الضرورة قد ارتفعت ولأن الإباحة باعتبار الحاجة ولأن الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الإخراج إلى دار الإسلام ومن فضل معه علف أو طعام رده إلى الغنيمة معناه إذا لم تقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه أنه لا يرده اعتبارا بالمتلصص قلنا إن الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لأنه كان أحق به قبل الإحراز وكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به إن كانوا أغنياء وانتفعوا به إن كانوا محاويج لأنه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين إن كانوا انتفعوا به بعد الإحراز ترد قيمته إلى المغنم إن كان لم يقسم وإن قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الأصل فأخذ حكمه

فصل في كيفية القسمة

قال ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فأن لله خمسه وللرسول استثنى الخمس

إن لو كان ما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا ومن رواية السير الكبير على ما ذكر الإمام شمس الأئمة كذا ذكر في السير ولم يذكر فيها قول أبي يوسف مع محمد لأن فخر الإسلام قال في الجامع ولو كان وديعة عند حربي أو غصبا عند مسلم أو ذمي فما بقي فهو فيء وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يكون فيئا وكذا ذكر في شرح الجامع الصغير لقاضي خان والتمرتاشي وغيرهما لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بإسلامه فيتبعها المال وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالإسلام بل معه بسبب اندفاع شره به فأما هو محرم التعرض في الأصل لكونه مكلفا محل الأمانة وإباحة التعرض كان لعارض شره فلما اندفع بالإسلام عاد الأصل بخلاف المال لأنه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك في الأصل وليست في يده في حال الغصب لا حقيقة ولا حكما فليس في يد أحد فلم تثبت العصمة فكان مباحا بخلاف ما لو كان في يد المسلم أو الذمي وديعة فإنه في يد مالكه حكما مع الاحترام فلم يكن فيئا وما تقدم من أن الملك يتم في دار الحرب بالقهر والغلبة كما ذكره أبو الليث لتقتضي أن يزول ملكه إلى المسلم بل الغاصب وح لا يكون مباحا اللهم إلا أن يعتبر على نقصان الملك بسبب زوال اليد وقوله وليست في يده حكما أنت على تأويل الأموال **فرع** أسر العدو عبدا ثم أسلموا لا فيء لهم لأنه مال أسلموا عليه ولو كان ذلك العبد جنى جناية أو أتلف متاعا لزمه قيمته بطلت الجناية ولزم الدين لأن حق ولي الجناية في رقبته فلا يبقى بعد زوال ملك المولى الأول ألا ترى أنه لو زال ملكه بالبيع أو الهبة لا يبقى فيه حق ولي الجناية وأما الدين ففي ذمته فلا تبطل عنه بتبدل الملك وهذا لأن الدين شاغل لماليته فإن ملكه مشغولا به فلو اشتراه رجل منهم أو أصابه المسلمون في غنيمة أي ولم يسلم مولاه فأخذه المولى بالقيمة أو الثمن فإن الجناية لا تبطل عنه لأنه يعيده إلى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال **قوله** وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا الغنيمة ولا يأكلوا منها لأن الضرورة اندفعت والإباحة التي كانت في دار الحرب إنما كانت باعتبارها ولأن الحق تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الإخراج ومن فضل معه طعام أو علف رده إلى الغنيمة معناه إذا لم يكن قسمة الغنيمة في دار الحرب لشرطه وهو انتفع به قبل قسمتها بعد الإحراز يرد قيمته وهو قول مالك وأحمد والشافعي في قول وعنه أنه لا يرده اعتبارا بالمتلصص وهو الواحد الداخل والاثنان إلى دار الحرب إذا أخذ شيئا فأخرجه يختص به قلنا ما تعلق به حق الغانمين والاختصاص كان للحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لأنه أحق قبل الإخراج وبعده وأما بعد القسمة فيتصدقون بعينه إن كان قائما وبقيمته إن كانوا باعوه هذا إذا كانوا أغنياء وانتفعوا به إن كانوا محاويج لأنه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين لتفرقهم وإن كانوا تصرفوا فيه فلا شيء عليهم وعلى هذا قيمة ما انتفع به بعد الإحراز يتصدق بها الغني لا الفقير

فصل في كيفية القسمة

قيل لما بين أحكام الغنيمة شرع يبين قسمتها ولا يخفى أن من أحكام الغنيمة وجوب قسمتها وإنما أفرده بفصل على حدة لكثرة مباحثه وشعبه بالنسبة إلى غيره من الأحكام والتسمية جعل النصيب شائعا محلا معينا **قوله** ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها أي من القسمة بين الغانمين ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين أقول الله در ... وقال المصنف لقوله تعالى فأن لله خمسه استثنى الخمس أي بعد ما أخرج الخمس من أن يثبت حق الغانمين فيه فكان استثناء معنى للإخراج وهو من استثنيت الشيء إذا زويته لنفسي فهذا يرجع إلى قول الله تعالى لا قسمة الإمام بل الخمس داخل في قسمته إذ حاصل بيان قسمتها هو أن يعطي خمسها لليتامى والمساكين وابن السبيل

ويقسم اربعة الاخماس بين الغانمين لانه عليه السلام قسمها بين الغانمين ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة
وقالا للفارس ثلثة اسهم وهو قول الشافعي لما روى ابن عمر رض ان النبي عليه السلام اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل
سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة
ما روى ابن عباس رض ان النبي عليه السلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم

على ما سياتي ويعطي الاربعة الاخماس للغانمين فعند ابي حنيفة وزفر للفارس سهمان وللراجل سهم وعندهما وهو قول مالك والشافعي واحمد واكثر اهل العلم
للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهم لما روي عن ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما لفظ البخاري واخرجه الستة الا النسائي
وفي مسلم عنه قسم في النفل للفرس سهمين وللراجل سهما وفي رواية باسقاط لفظ النفل وفي رواية اسهم للرجل ولفرسه ثلاثة اسهم سهم له وسهمان لفرسه وهذه الالفاظ
كلها تبطل قول من اول من الشراح كون المراد من الرجال الرجالة ومن الخيل الفرسان بل في بعض الالفاظ القائمة قسم خيبر على ثمانية عشر سهما
وكانت الرجالة الفا واربعمائة والخيل مائتين وعن ابن عباس مثله ولان الاستحقاق بالغناء وهو بالعدد والفتح الاجزاء والكفاية وغناء الفارس الكر اي الحملة
على الاعداء والفر الكائن للكرة او للتجارة في موضع يجوز الفرار وهو ما اذا علم انه مقتول ان لم يفر كيلا يرتكب المنهي عنه في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم
الى التهلكة والثبات وليس للراجل الا الثبات فاعني في ثلاثة امور والراجل في واحد عنها واستدل المصنف لابي حنيفة بحديث ابن عباس
عم اعطى الفارس سهمين والراجل سهما وهو غريب من حديث ابن عباس بل الذي رواه اسحق بن راهويه في مسنده قال حدثنا محمد
بن الفضيل بن غزوان ثنا الحجاج عن ابي صالح عن ابن عباس قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهما واخرجه
ايضا من طريق ابن ابي ليلى عن الحكم عن ابن عباس نحوه في حديث الخمس برواية غير واحد من الائمة لكن في هذا احاديث منها ما في ابي داؤد
عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الانصاري قال قال سمعت ابي يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الانصاري عن عمه مجمع بن جارية
الانصاري وكان احد القراء الذين قرؤا القرآن قال شهدنا الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما انصرفنا عنها اذا الناس يهزون الاباعر فقال
بعض الناس لبعض ما للناس قالوا اوحي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجنا مع الناس نوجف فوجدنا النبي صلى الله عليه وسلم واقفا على
راحلته عند كراع الغميم فلما اجتمع عليه الناس قرأ عليهم انا فتحنا لك فتحا مبينا فقال رجل يا رسول الله افتح هو قال نعم والذي نفس محمد بيده انه لفتح فقسمت
خيبر على اهل الحديبية فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية عشر سهما وكان الجيش الفا وخمسمائة فيهم ثلاثمائة فارس فاعطى الفارس سهمين
واعطى الراجل سهما قال ابو داؤد وهذا وهم انما قالوا ثلاثمائة فارس فاعطى الفرس سهمين واعطى الرجل يعني صاحبه سهما وقال الشافعي انما قال
فاعطى الفرس سهمين واعطى الرجل يعني صاحبه فغلط الراوي عنه واعله ابن القطان بالجهل بحال يعقوب والد مجمع الراوي عنه فقيقته
ومنها ما في معجم الطبراني عن المقداد بن عمرو انه كان يوم بدر على فرس يقال له سبحة فاسهم له النبي صلى الله عليه وسلم سهمين لفرسه سهم واحد
وله سهم في سنده الواقدي واخرج الواقدي ايضا في المغازي عن جعفر بن خارجة قال قال الزبير بن العوام شهدت بني قريظة فارسا فضرب لي
سهم ولفرسي سهم ومنها ما اخرج ابن مردويه في تفسيره ثنا محمد بن محمد السري ثنا المنذر بن محمد حدثني ابي ثنا يحيى بن محمد بن هانئ عن محمد بن اسحق قال ثنا
محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة قالت اصاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سبايا بني المصطلق فاخرج الخمس منها ثم قسمها بين المسلمين
فاعطى الفارس سهمين والراجل سهما ومنها حديث ابن عمر الذي عارض به المصنف رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا ابو اسامة وابن نمير قال
ثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين وللراجل سهما انتهى ومن طريقه رواه الدارقطني
وقال قال ابو بكر النيسابوري هذا عندي وهم من ابن ابي شيبة لان احمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا
وكذا رواه ابن كرامة وغيره عن ابي اسامة خلاف هذا يعني انه اسهم للفارس ثلاثة اسهم ثم اخرجه عن نعيم ثنا ابن المبارك عن عبيد الله

وقد روى عن ابن عمر ان النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه

بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اسهم للفارس سهمين وللراجل سهما ولا شك ان نعيما ثقة وابن المبارك من اثبت الناس واخرجه ايضا عن يونس بن عبد الاعلى ثنا ابن وهب اخبرني عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يسهم للخيل للفارس سهمين وللراجل سهما قال وتابعه ابن ابي مريم وخالد بن عبد الرحمن عن عبد الله بن عمر العمري ورواه القعنبي عن العمري بالشك في الفارس او الفرس ثم اخرجه عن حجاج بن منهال ثنا حماد بن سلمة ثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما وخالفه النضر بن محمد عن حماد وروى حديث عبيد الله متعارضا كما ترى لكن رواية البيهقي عنه اثبت وروى الدارقطني ايضا في كتاب المؤتلف والمختلف ثنا عبد الله بن محمد بن اسحق المروزي ومحمد بن علي بن ابي رواية قالا ثنا احمد بن عبد الجبار ثنا يونس بن بكير عن عبد الرحمن بن امين عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا ثبت التعارض في حديث ابن عمر في فعله عليه الصلاة والسلام مطلقا نظرا الى تعارض رواية غير ابن عمر ايضا ترجح النفي بالاصل وهو عدم الوجوب بالمعنى وهو ان الكر والفر جنس واحد والثبات جنس واحد فيهما اثنان للفارس وللراجل احدهما فلا يضعف له ولان الزيادة ليست الا بالزيادة في الغناء ضرورة واذا تعذر معرفة الزيادة في القتال حقيقة لان كم من راجل انفع فيه من راجل او فارس من فارس ولا يستنكر زيادة غناء راجل عن فارس فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان في الغناء نفسه وفرسه وللراجل نفسه فقط فكان على النصف وقول المصنف واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره يريد ابن عباس وقد علمت ما فيه فان قيل المعارضة الموجبة للترك فرع المساواة وحديث ابن عمر في البخاري فهو اصح قلنا قدمنا غير مرة ان كون الحديث في كتاب البخاري اصح من حديث آخر في غيره مع فرض ان رجاله رجال الصحيح او رجال روى عنهم البخاري تحكم محض لا نقول به مع ان الجمع وان كان احدهما اقوى من الآخر اولى من ابطال احدهما وذلك فيما قلنا بحمل رواية ابن عمر على التنفيل فكان اعمالهما اولى من اهمال احدهما بعد كونه سندا صحيحا على ما ذكرنا من حديث ابن المبارك ويونس بن عبد الاعلى وذكرنا من تابعه اما قول المعارض فعلاه فرجع الى قول النبي فوا للفارس سهمان وللراجل سهم وهو غير معروف ولعله من مغازي الاموي لا ابن ابي شيبة ثم هو وزان ما تقدم لنا في سجود السهو من قوله تعارضت روايتا فعله فبقي التمسك بقوله وعلمت ما تقدم هناك من ان البعيد ان المصير الى الفعل اذا تعذر التمسك بالقول صريحا الى القول ليس كذلك هذا واعلم ان مخارج الحديث الثلاثة اكثر فانه روي من حديث ابن عمر واخرجه ابو داود من حديث ابن ابي عمرة عن ابيه والطبراني من حديث ابي رهم وهو مختلف في صحبته واخرجه ايضا من حديث ابي كبشة الانماري والبزار من حديث المقداد واخرجه اسحق بن راهويه من حديث ابن عباس وكذا الطبراني وابو عبيد القاسم بن سلام واخرجه احمد عن المنذر بن الزبير بن العوام عن الزبير والدارقطني عن عبد الله بن الزبير واخرجه الدارقطني ايضا من حديث جابر واخرجه ايضا من حديث ابي هريرة واخرجه ايضا من حديث سهل بن ابي حثمة وهي مع انها لم تسلم من المقال فيها لا تنافي قول ابي حنيفة لانك قد علمت ان الثلاثة محمولة على التنفيل في تلك الوقعة ولنص حديث ابن ابي عمرة اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم اربعة نفر ومعنا فرس بيننا فيه وكذا انه عليه الصلاة والسلام اعطى الزبير سهما وفرسه سهمين وكذا حديث جابر فانه قال شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزاة فاعطى الفارس منا ثلاثة اسهم واعطى الراجل سهما بل هذا ظاهر في انه ليس امرا مستمرا والا لقال كان عليه الصلاة والسلام او قضى عليه الصلاة والسلام ونحوه فلما قال غزاة وقد علم انه شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم غزوات ثم خص هذا الفعل بغزاة منها كان ظاهرا في ان غيرها لم يكن كذلك ثم في روايته

ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف رحمه الله يسهم لفرسين لما روي ان النبي عليه السلام اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الآخر ولهما ان البراء بن اوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله عليه السلام الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فلا يسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل

الحديث الزبير اعطاني يوم بدر وفي رواية له اخرى عنه يوم خيبر ولا ينافي اذا جاز كونه قسم له ذلك فيهما واما في حديث سهل بن ابي خيثمة شهدنا فاسهم لفرسه سهمين وله سهما وفي حديث عبد الله بن ابي بكر بن عمرو بن حزم من طريق ابن اسحق في غزوة قريظة انه عليه الصلوة والسلام جعل للفارس وفرسه ثلاثة اسهم له سهم ولفرسه سهمان لا يقتضي ان ذلك مستمر منه عليه الصلوة والسلام وقد بقي حديث بني المصطلق عن عائشة رضي وتقدم ما يعارض حديث بني قريظة واما حديث ابي كبشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اني جعلت للفرس سهمين وللفارس سهما فمن نقصهما نقصه الله تعالى فلم يصح لان رواية محمد بن عمران القيسي اكثر الناس على تضعيفه وتوهينه قوله ولا يسهم الا لفرس واحد اذا دخل دار الحرب بفرسين او اكثر وبه قال مالك والشافعي وقال ابو يوسف وهو قول احمد يسهم لفرسين فيعطى خمسة اسهم سهم له واربعة اسهم لفرسيه ولم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية عن ابي يوسف وانما هو في رواية الاملاء عنه فاستدل المصنف لذلك بما روي انه عليه السلام اسهم لفرسين وهذا روي من حديث ابي عمرة رض وبشير بن عمرو بن محصن قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لفرسي اربعة اسهم ولي سهما فاخذت خمسة اسهم رواه الدارقطني ومن حديث الزبير اخرجه عبد الرزاق اخبرنا ابراهيم بن يحيى الاسلمي اخبرنا صالح بن محمد عن مكحول ان الزبير حضر خيبر بفرسين فاعطاه النبي صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم وهذا منقطع وقد قبله الاوزاعي عن مكحول منقطعا وقال الشافعي في دفعه وهشام اثبت في حديث ابيه الى ان قال واهل المغازي لم يرووا انه عليه الصلوة والسلام اسهم لفرسين ولم يختلفوا انه عليه الصلوة والسلام حضر خيبر بثلاثة افراس السكب والظرب والمرتجز ولم ياخذ الا لفرس واحد انتهى يريد بحديث هشام ما تقدم من هشام بن عروة عن ابيه عن عبد الله بن الزبير عن الزبير رض قال اعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر اربعة اسهم سهمين لفرسي وسهما لي وسهما لامي من ذوي القربى ومن رواية هشام بن عروة ايضا عن يحيى بن عباد عن عبد الله بن الزبير عن جده قال ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر للزبير بن العوام باربعة اسهم سهم له وسهم لامه صفية بنت عبد المطلب وسهمين لفرسه وهذا احسن الا ان قول اهل المغازي لم يرووا انه اسهم لفرسين ليس كذلك قال الواقدي في المغازي ثنا عبد الملك بن يحيى عن عيسى بن معمر قال كان مع الزبير يوم خيبر فرسان فاسهم له النبي صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم وقال ايضا حدثني يعقوب بن محمد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن ابي صعصعة عن الحارث بن عبد الله بن كعب ان النبي صلى الله عليه وسلم قاد في خيبر ثلاثة افراس لزاز والظرب والسكب وقاد الزبير بن العوام افراسا وقاد خراش بن الصمة فرسين وقاد البراء بن اوس فرسين وقاد ابو عمرة الانصاري فرسين فاسهم عليه الصلوة والسلام لكل من كان له فرسان خمسة اسهم اربعة لفرسيه وسهما له وما كان اكثر من فرسين لم يسهم له ويقال انه لم يسهم الا لفرس واحد واثبت ذلك انه اسهم لفرس واحد ولم يسمع انه صلى الله عليه وسلم اسهم لنفسه الا لفرس واحد الى هنا كلام الواقدي مع اختصاره وقال سعيد بن منصور ثنا فرج بن فضالة ثنا محمد بن الوليد الزبيدي عن الزهري ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى ابي عبيدة بن الجراح ان اسهم للفرس سهمين وللفرسين اربعة اسهم ولصاحبهما سهما فذلك خمسة اسهم وما كان فوق الفرسين فهو جنائب وقال سعيد ايضا ثنا ابن عياش عن الاوزاعي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين واما ما ذكره المصنف عن البراء بن اوس انه قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد فغريب بل جاء عنه عكسه مما ذكرنا وعن الواقدي رحمه الله وذكرناه ابن منده في كتاب الصحابة قال روى محمد بن فرين عن محمد بن عمر والمدني عن يعقوب بن محمد

والبراذين والعتاق سواء لأن الإرهاب مضاف إلى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعتاق والهجين والمقرف إطلاقا واحدا ولأن العربي إن كان في الطلب والكر أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفا ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي رحمه الله على عكسه في الفصلين هكذا روى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله في الفصل الثاني أنه يستحق سهم الفرسان والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حالة انقضاء الحرب له أن السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة إلى السبب كالخروج من البيت وتعليق الأحكام بالقتال يدل على إمكان الوقوف عليه ولو تعذر أو تعسر يعتبر شهود الوقعة لأنه أقرب إلى القتال ولنا أن المجاوزة نفسها قتال لأنه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لأنه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه إذ هو السبب المفضي إليه ظاهرا إذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارسا كان أو راجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق

يعني عن المر بن أوس أنه قاد مع النبي صلى الله عليه وسلم فرسين فضرب له خمسة أسهم إلا أن هذا غريب قال مالك في الموطأ لم أسمع بالقسم إلا لفرس واحد واستمر العمل على طريقته ثم المراد على التنفيل كما أعطى سلمة بن الأكوع سهمين وهو راجل حديثه في مسلم قال قدمنا المدينة فساق الحديث بطوله إلى أن قال فلما أصبحنا قال عليه السلام خير فرساننا اليوم أبو قتادة وخير رجالتنا سلمة بن الأكوع ثم أعطاني سهمين سهم الفارس وسهم الراجل فجمعهما لي جميعا ورواه ابن حبان وقال كان سلمة بن الأكوع في تلك الغزاة راجلا فأعطاه من خمسه عليه الصلاة والسلام لا من سهمان المسلمين ورواه القاسم بن سلام وقال كان سلمة قد استنقذ لقاح النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن مهدي فحدثنا به سفيان فقال خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم قال أبو القاسم ووجهه عندي أولى من حمله على أنه أعطاه من سهمه إلا أن السهم للقاتل هنا غير سلمة وهو اللقاح مفصل في السير **قوله** والبراذين وهي خيل العجم واحدها برذون والعتاق جمع عتيق وهي كرام الخيل العربية هما سواء في القسم فلا يفضل أحدهما على الآخر وكذا لا يفضل العتيق على الهجين وهو ما يكون أبوه من البراذين وأمه عربية ولا على المقرف وهو ما يكون أبوه عربيا وأمه برذونة قيل إنما ذكر هذا لأن من أهل الشام من يقول لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثا شاذا وحجتنا فيه ما ذكر في الكتاب من أن إطلاق الخيل يشملها وكذا الإرهاب لأن في كل خصوصية ليست في الأخرى فالعتيق إن فضل بجودة الكر والفر فالبرذون يفضل بزيادة قوته على الحمل والصبر ولين العطف وكونه ألين عطفا من العربي غير صحيح لأن هذا وأثر من التعليم والعربي أقبل للأدب من العجمي من الخيل وكون أحد يقول لا يسهم بالكلية للفرس العجمي بعيد ويمكن أن يكون ذكره لما نقل عن عمر أنه فضل أصحاب الخيل العربية على المقارف وفي سيرة ابن هشام حدثني أبو عبيدة قال كتب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب إلى سلمان بن أبي ربيعة الباهلي وهو بأرمينية يأمره أن يفضل أصحاب الخيل العراب على أصحاب الخيل المقارف في العطاء فعرض الخيل فمر به فرس عمرو بن معدي كرب فقال سلمان فرسك هذا مقرف فغضب عمرو وقال هجين عرف هجينا مثله فوثب إليه قيس بن أبي مكشوح فتوعده فقال عمرو

أتوعدني كأنك ذو رعين ÷ بأفضل عيشة أو ذو نواس ÷ وكائن كان قبلك من نعيم ÷ وملك ثابت في الناس راسي ÷ قديم عهده من عهد عاد ÷ عظيم قاهر الجبروت قاسي ÷ فأمسى أهله بادوا وأمسى ÷ يحول من أناس في أناس

قوله ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه أي هلك فقاتل راجلا استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى في دار الحرب فرسا فقاتل فارسا عليه استحق سهم راجل وجواب الشافعي على عكسه في الفصلين وكذا روى ابن المبارك في الفصل الثاني عن أبي حنيفة رحمه الله أي فيما إذا دخل راجلا فاشترى فرسا فقاتل عليه أن له سهم فارس وظاهر المذهب الأول والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة أي مجاوزة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الإسلام ودار الحرب وعنده حال الحرب لأن السبب في استحقاق الغنيمة إذا وجدت هو قتال فيعتبر حال الشخص المستحق عنده دون المجاوزة لأنها إنما هي وسيلة إلى السبب أي علة الحقيقة كالخروج من البيت لقصد القتال في دار الحرب فإنه وسيلة إلى السبب وحال الخارج عند ذلك بالاتفاق لا يعتبر فكذا عند المجاوزة والدليل على أن المعتبر حال القتال تعلق الأحكام به الراجعة إلى استحقاق الغنيمة كما فيما إذا قاتل الصبي أو العبد وغيرهما فإنهم يستحقون الرضخ فظهر اعتباره شرعا في حق استحقاق الغنيمة فإنه غير متعذر ولو تعذر أو تعسر فشهود الوقعة لأنه أقرب إلى القتال من المجاوزة ولنا أن المجاوزة نفسها من القتال لأنه يلحقهم الخوف بها والإغاظة والحال بعدها حال بقاء القتال لأنه يتنوع القتال إلى المجاوزة إلى ديارهم وسكوها وتمرا المنعة بالكم وإلى حقيقة المسايفة ولا معتبر بحال الدوام ولأن الوقوف على حقيقته

ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهب أو آجر أو رهن ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة لا يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لأن الإقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باع بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا إذا باع في حالة القتال عند البعض والأصح أنه يسقط لأن البيع يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا أنه ينتظر عزته

ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا مجنون ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الإمام

القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لأنه حال تشاغل لكل أحد فيتعذر على الإمام استعلامه بنفسه أو بشهادة العدل به لكل فرد فيسقط اعتباره بخلافه في حق أفراد قليلة من الناس كقتال الصبي والعبد فإنه يتيسر في حقهم عليه دون سائر الناس فيقام في حق الكل السبب المفضي إلى القتال ظاهرا مقامه فيكون هو المعتبر في حق العامة وأما ما قيل في التعذر بأن الشهادة من أهل العسكر لا تقبل للتهمة فليس بصحيح بل يجب قبولها لأن الشاهد على أن هذا قاتل فارسا لا يجر بذلك نفعا لنفسه بل ضررا لأنه ينقص سهم نفسه فهو ضد نفسه أولا الضرر وشركته في أصل الغنيمة ليست متوقفة على شهادته هذه الآن بل إلى ما في الحديث من قول أبي قتادة من يشهد لي حين جعل عليه الصلاة والسلام السلب للقاتل في حنين فشهد له واحد فأعطاه إياه وقال عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه ولا بينة إلا أهل العسكر من الصحابة خصوصا في غزواته عليه الصلاة والسلام ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان أو الشجر أو لأنه في سفينة وكل فيها الفرس لا يقاتل عليها أو خلص إلى بر فتركوه قبله فقاتلوا في السفينة كان لهم سهم الفرسان ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهبه أو آجره أو رهنه ففي رواية الحسن يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر المذهب لا يستحق لأن الإقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يقصد بالمجاوزة بالفرس القتال عليه بل التجارة وسبب استحقاق سهم الفارس هو المجاوزة على قصد القتال عليه لا مطلق المجاوزة ولو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط سهم الفارس بالاتفاق وكذا إذا باعه حال القتال لا يسقط عند البعض قال المصنف الأصح أنه يسقط لأنه ظهر أن قصده التجارة وإنما انتظر حالة العزة وعورض بأن تلك الحالة حالة التي طرد بالنفس فلم يكن البيع دليلا على قصد التجارة لأن تلك الحالة حالة طلب النفس التحصن فبيعه فيها دليل على أنه عزله غرض إلا أن فيه أمانة وعبده غير موافق له فربما يقتله لعدم أدبه أو غير ذلك لأن عادة ليس هو البيع وغيره من العقود حالة القتال ليكون بيعه إذ ذاك انتظار الحالة العيانية في الشراء وفي المحيط لو جاوز بفرس لا يستطيع القتال عليه لكبره أو ضعفه أو هزاله لا يستحق سهم الفرسان وإن كان الفرس مريضا فعلى التفصيل المذكور فيه ولو جاوز على فرس مغصوب أو مستعار أو مستأجر ثم استرده المالك فشهد الوقعة راجلا ففيه روايتان في رواية له سهم فارس وفي رواية سهم راجل ومقتضى كونه جاوز بفرس يقاتل عليه ترجيح الأولى إلا أن يراد في أجزاء السبب بفرس مملوك وهو ممنوع فإنه لو لم يسترده المعير وغيره حتى قاتل عليه كان فارسا قوله لا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم ويعطون قليلا من كثير فإن الرضخة في الإعطاء كذلك والكثير السهم فالرضخ لا يبلغ السهم ولكن دونه على حسب ما يرى الإمام وسواء قاتل العبد بإذن سيده أو بغير إذنه والمكاتب كالعبد لما ذكر في الكتاب قد استدل المصنف بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يسهم لهم أخرج مسلم كتب نجدة بن عامر الحروري إلى ابن عباس رضي الله عنهما يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم هل يقسم لهما فكتب إليه أن ليس لهما شيء إلا أن يحذيا وفي أبي داود عن يزيد بن هرمز كتب نجدة الحروري إلى ابن عباس يسأله عن النساء هل كن يشهدن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أنا كتبت كتاب ابن عباس إلى نجدة قد كن يحضرن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فأما أن يضرب لهن بسهم فلا وقد كان يرضخ لهن أخرج أبو داود والترمذي وصححه عن عمير مولى آبي اللحم قال شهدت خيبر مع سادتي إلى أن قال فأخبر أني مملوك فأمر لي بشيء من خرثي المتاع وفي أبي داود والنسائي عن حشرج بن زياد عن جدته أم أبيه أنها خرجت في غزوة خيبر سادسة ست نسوة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث إلينا فجئنا فرأينا فيه الغضب فقال مع من خرجتن فقلن يا رسول الله خرجنا نغزل الشعر ونعين في سبيل الله

لما روي أنه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد لكن كان يرضخ لهم ولما استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني أنه لم يسهم لهم ولأن الجهاد عبادة والذمي ليس من أهل العبادة والصبي والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه إلا أنه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع إظهار انحطاط رتبتهم

ومعنى دوار الرجال وسائل السهام ومستقى السويق قال فمن حتى إذا فتح الله عليه خيبر أسهم لنا كما أسهم للرجال وبه قال الأوزاعي فقال الخطابي إسناده ضعيف لا تقوم به حجة وذكر غيره أنه بجهالة رافع وحشرج غير رواية وقال الطحاوي يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام استطاب أهل الغنيمة وقال غيره ويشبه أنه إنما أعطاهن من الخمس الذي هو حقه هذا ويمكن أن يكون كون التشبيه في أصل العطاء وأراد بالسهم ما خصص به والمعنى خصنا بشيء كما فعل بالرجال وإنما لم يبلغ بهؤلاء الرجال لأنهم سهم الرجال ولا بالفارس سهم الفرسان لأنهم تبع لأهل في سببه حيث لم يفترض على أحد منهم في غير النفير العام في غير الصبي وعلل الذمي بأنه ليس أهلا لكون الجهاد عبادة وليس هو من أهلها ومن الأمور الاستحسانية إظهار التفاوت بين المفروض عليهم وغيرهم والتبع والأصل بخلاف السوقي في العسكر والمستأجر لخدمة الغازي إذا قاتلا حيث يستحقان سهما كاملا وتسقط حصته زمن القتال من أجرة الأجير لأنهما من أهل فرض فلا يكونان تبعا في حق الحكم بل في السفر ونحوه ثم الرضخ عندنا من الغنيمة قبل إخراج الخمس وهو قول الشافعي وأحمد في قول له وهو رواية عن أحمد من أربعة الأخماس وفي قول الشافعي من خمس الخمس وقال مالك من الخمس ثم العبد إنما يرضخ له إذا قاتل وكذا الصبي والذمي لأنهم يقدرون على القتال إذا فرض الصبي قادرا عليه فلا يقام غير القتال في حقهم مقامه بخلاف المرأة فإنها تعطى بالقتال وبالخدمة لأهل العسكر وإن لم تقاتل لأنها عاجزة عنه فأقيم هذه المنفعة منها مقامه وصحة أمانها لثبوت شبهة القتال منها والأمان يثبت بالشبهة احتياطا فيه ولا يرد إعطاء الذمي إذا لم يقاتل بل دل على الطريق بأن ذلك ليس رضخا بل بمقام الأجرة ولهذا يزاد على السهم إذا كان عمله ذلك يزيد قيمته عليه بخلاف ما إذا قاتل لأنه عمل الجهاد ولا يسوى في عمل الجهاد بين من يصح منه ويؤجر عليه ومن لم يقبله الله منه ولا يصح له فلذلك لم يبلغ به السهم كما ذكره المصنف قالوا والسهم مرفوع البتة لأنه المفعول بلا واسطة حرف فيكون هو النائب عن الفاعل وهذا على قول الأكثر وأما من يجيز إقامة الظرف والمجرور مع وجود المفعول فيجوز نصبه ويكون النائب لفظ به وهل يستعان بالكافر عندنا إذا دعت الحاجة جاز وهو قول الشافعي وابن المنذر وجماعة لا يجوزون ذلك لما في مسلم وغيره عن عائشة رضي الله عنها أنه عليه الصلاة والسلام خرج إلى بدر فلحقه رجل من المشركين يذكر منه جرأة ونجدة فقال له عليه الصلاة والسلام تؤمن بالله ورسوله قال لا قال ارجع فلن نستعين بمشرك الحديث إلى أن قيل له في المرة الثالثة نعم فانطلق وعن حبيب بن إساف قال أتيت أنا ورجل من قومي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزوا فقلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم إنا نستحي أن يشهد قومنا مشهدا لا نشهده معهم فقال أسلمتما فقلنا لا فقال فإنا لا نستعين بالمشركين قال فأسلمنا وشهدنا معه قال فقتلت رجلا وضربني ضربة وتزوجت بنته بعد ذلك فكانت تقول لا عدمت رجلا وشحك هذا الوشاح فأقول لا عدمت رجلا عجل أباك إلى النار رواه الحاكم وصححه وقول المصنف ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود ولم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم يفيد معارضة هذه الأحاديث والمذكور في ذلك حديث أبي يوسف أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال استعان رسول الله صلى الله عليه وسلم بيهود قينقاع فرضخ لهم فلم يسهم لكن تفرد به ابن عمارة وهو مضعف وأسند الواقدي إلى محيصة قال وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعشرة من يهود المدينة غزا بهم أهل خيبر فأسهم كسهمان المسلمين فقال أجراهم ولم يسهم لهم وأسند الترمذي إلى الزهري قال أسهم عليه الصلاة والسلام لقوم من اليهود قاتلوا معهم وهو منقطع وفي سنده ضعف مع أن يحيى بن القطان كان لا يرى مراسيل الزهري وقتادة شيئا ويقول هي بمنزلة الريح ولا شك أن هذه لا تقاوم أحاديث المنع في

والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة ترضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والذمي ليس من اهله ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد

القوة فكيف قمار ضها وقال الشافعي رده صلى الله عليه وسلم المشرك والمشركين كان في غزوة بدر ثم انه عليه الصلوة والسلام استعان في غزوة خيبر بيهود من بني قينقاع واستعان في غزوة حنين سنة ثمان بصفوان بن امية وهو مشرك قال وان كان لاجل انه مخير بين ان يستعين وان يرده كماله والمسلم المعني بخلافه فليس واحد من الحديثين مخالفا للآخر وان كان لاجل انه مشرك فقد نسخه ما بعده ولا باس بان يستعان بالمشركين على قتال المشركين اذا خرجوا طوعا ويرضخ لهم ولا يسهم ولا يكون لهم راية تخصهم ولا يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اسهم لهم ولعل رده من رده في غزوة بدر رجاء ان يسلم **قوله** فاما الخمس الذي تقدم انه يخرجه اولا فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم فيقدمون على غيرهم لان غيرهم من الفقراء يتمكنون من اخذ الصدقات وذوي القربى لا يحل لهم هذا راي الكرخي وسياقي راي الطحاوي ان يدخل فقراء اليتامى من ذوي القربى في سهم اليتامى المذكورين دون اغنيائهم واليتيم صغير لا اب له والمساكين منهم في سهم المساكين وفقراء ابناء السبيل من ذوي القربى في ابناء السبيل فان قيل فلا فائدة ح في ذكر اسم اليتيم اذا كان استحقاقه بالفقر والمسكنة لا باليتيم اجيب بان فائدته دفع توهم ان اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيئا لان استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها ومثله ما ذكر في التاويلات للشيخ ابي منصور لما كان فقراء ذوي القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة في ذكرهم في القران اجاب بان افهام بعض الناس قد تفضي الى ان الفقير منهم لا يستحق لانه من قبيل الصدقة ولا تحل لهم وفي التحفة هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف الى صنف واحد منهم جاز كما في الصدقات وقال الشافعي لذوي القربى خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم وبقول الشافعي قال احمد وعند مالك الامر مفوض الى الامام ان شاء قسم بينهم وان شاء اعطى بعضهم دون بعض وان شاء اعطى غيرهم ان كان امر غيرهم اهم من امرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم من القرابات ونحن نوافقه على ان القرابة المرادة هنا تخص بني هاشم وبني المطلب فالخلاف في دخول فقيرهم من ذوي القربى وعدمه وقال المزني والثوري يستوي فيه الذكر والانثى ويدفع للقاصي والداني وهو ظاهر الاطلاق لنفس اطلاق قوله تعالى ولذي القربى بلا فصل بين الغني والفقير ولان الحكم المعلق بوصف يوجب ان مبدأ الاشتقاق علة له ولا تفصيل فيها بخلاف اليتامى فانهم يشترطون فيهم الفقر مع تحقق الاطلاق كقولنا وذلك لان اسم اليتيم يشعر بالحاجة فكان مقيدا معنى بها بخلاف ذوي القربى ثم لا تنفي مناسبتها بالغنى لانه لا يبعد كون قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم توجب استحقاق هذه الكرامة ولنا ان الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة اسهم على نحو ما قلنا ولم يعط لهم فقد ورد انه لم ينكر عليهم ذلك احد مع علم جميع الصحابة بذلك وتوافرهم فكان اجماعا اذ لا يظن بهم خلاف رسول الله صلى الله عليه وسلم والكلام في اثباته فروى ابو يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس ان الخمس كان يقسم على عهده عليه الصلوة والسلام على خمسة اسهم لله وللرسول سهم ولذي القربى سهم ولليتامى سهم وللمساكين سهم ولابن السبيل سهم ثم قسمه ابو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل وروى الطحاوي عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدي عن عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق قال سألت ابا جعفر يعني محمد بن علي فقلت ارايت علي بن ابي طالب رضي الله عنه حيث ولي العراق وما ولي من امر الناس كيف صنع في سهم ذوي القربى قال سلك به والله سبيل ابي بكر وعمر فقلت وكيف وانتم تقولون ما تقولون فقال اما والله ما كان اهله يصدرون الا عن رايه فقلت فما منعه قال

واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعي رح لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير

كره والله ان يدعى عليه خلاف سيرة ابي بكر وعمر انتهى وكون الخلفاء فعلوا ذلك لم يخالف فيه وصح رواية ابي يوسف عن الكلبي فان الكلبي ضعيف عند اهل الحديث الا انه وافق الناس واما الشافعي فيقول لا اجماع بمخالفة اهل البيت وحين ثبت هذا حكمنا بانه انما فعله لظهور الدليل له لانه لم يكن يحل له ان يخالف اجتهاده لاجتهادهما وقد علم انه خالفهما في اشياء لم توافق رأيه كبيع امهات الاولاد وغير ذلك فحين وافقهما علمنا انه رجع الى رأيهما ان كان ثبت عنه انه كان يرى خلافه وبهذا يندفع ما استدل به الشافعي عن ابي جعفر محمد بن علي قال كان رأي علي في الخمس رأي اهل بيته ولكن كره ان يخالف ابا بكر وعمر قال ولا اجماع بدون اهل البيت لان ما يمنع ان فعله كان تقية من ان ينسب اليه خلافهما وكيف وفيه منع المستحقين عن حقهم في اعتقاده ولم يكن منعه الا لرجوعه لظهور الدليل وكذا ما روي عن ابن عباس من انه كان يرى ذلك محمول على انه كان في الاول كذلك ثم رجع فان لم يكن رجع فالاخذ بقول الراشدين مع اقترانه بعدم النكير من احد اولى فان قيل لو صح ما ذكرتم لم يكن سهم مستحق لذوي القربى اصلا لان الخلفاء لم يعطوهم وهو الحق وهو مخالف الكتاب ولفعله عليه الصلوة والسلام لانه اعطاهم بلا شبهة اجاب على قول الكرخي ان الدليل دل على ان السهم للفقير منهم لقوله عليه الصلوة والسلام يا معشر بني هاشم الحديث وهو بهذا اللفظ غريب وتقدم في الزكوة واسند الطبراني في معجمه ثنا معاذ بن المثنى ثنا مسدد ثنا معتمر بن سليمان وساق السند الى ابن عباس قال بعث نوفل بن الحارث ابنيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما انطلقا الى عمكما لعله ان يستعين بكما على صدقات فاتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبراه بحاجتهما فقال لهما لا يحل لاهل البيت من الصدقات شيء ولا غسالة الايدي ان لكم في خمس الخمس لما يغنيكم او يكفيكم ورواه ابن ابي حاتم في تفسيره ثنا ابي ثنا ابراهيم بن مهدي المصيصي ثنا معتمر بن سليمان به بلفظ رغبت عن غسالة ايدي الناس ان لكم في خمس الخمس لما يغنيكم وهو اسناد حسن ولفظ العوض انما وقع في عبارة بعض المتاخرين ثم كون العوض انما يثبت في حق من ثبت في حقه المعوض ممنوع ثم هذا يقتضي ان المراد بقوله تعالى ولذي القربى فقراء ذوي القربى فيقتضي اعتقاد استحقاق فقرائهم وكونهم مصارف مستمرا وما فيه اعتقاد حقيقة منع الخلفاء الراشدين اياهم مطلقا كما هو ظاهر ما رويناه انهم لم يعطوا ذوي القربى شيئا من غير استثناء فقرائهم وكذا ايضا فيه اعطاؤه عليه الصلوة والسلام الاغنياء منهم كما روي انه اعطى العباس وكان له عشرون عبدا يتجرون وقول الله والنبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة الخ يدفع السؤال الثاني لكن يوجب عليه ما نفيته مع ما قبله لان الحاصل ح ان القرابة المستحقة هي التي كانت بالنصرة وذلك لا يخص الفقير منهم ومن الاغنياء من نصره عليه الصلوة والسلام كالعباس فكان يجب على الخلفاء ان يعطوهم وهو خلاف ما تقدم عنه انهم لم يعطوهم بل حضروا القسمة في الثانية ويعكر ما يرويه في تصحيح قول الكرخي ان عمر اعطى الفقراء منهم سهما مع انه لم يعرف اعطاء عمر لعبيد الفقراء وبيان المروي في ذلك ما في ابي داود عن سعيد بن المسيب ثنا جبير بن مطعم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل من الخمس شيئا كما قسم لبني هاشم وبني المطلب قال وكان ابو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غير انه لم يكن يعطي قربى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان يعطيهم النبي صلى الله عليه وسلم وكان عمر يعطيهم ومن كان بعده منه واخرج ابو داود ايضا عن عبد الرحمن ابن ابي ليلى سمعت عليا قال اجتمعت انا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة عند النبي صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان رأيت ان توليني حقنا في هذا الخمس في كتاب الله فاقسمه في حياتك

وكان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلاثة اسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عليه السلام يا معشر بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام اعطاهم للنصرة الا ترى انه عليه السلام علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه دل على ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة قال فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه

فليس بنا غنى احد بعدك فافعل قال ففعل ذلك فقسمه حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ولاية ابي بكر حتى كان آخر سنة من سني عمر اتاه مال كثير فعزل حقنا ثم ارسل الي فقلت بنا العام غنى وبالمسلمين اليه حاجة فاردده عليهم فرده ثم لم يدعني اليه احد بعد عمر فلقيت العباس بعد ما خرجت من عند عمر فقال يا علي حرمتنا الغداة شيئا لا يرد علينا وكان رجلا داهيا فهذا ليس فيه تقييد الاعطاء بالفقر المعطى منهم وكيف والعباس كان ممن يعطى ولم يتصف بالفقر مع ان الحافظ المنذري ضعف هذا فقال وفي حديث جبير بن مطعم ان ابا بكر لم يقسم لذوي القربى وفي حديث علي انه قسم لهم وحديث جبير صحيح وحديث علي لا يصح انتهى والذي يجب ان نعول عليه على اعتقاد ان الراشدين لم يعطوا ذوي القربى ان ذوي القربى بيان مصرف لا استحقاق على ما هو المذهب الا لم يجز لهم منعهم بعده عليه الصلاة والسلام وذلك ان القربى وان قيدت بالنصرة السابقة في الجاهلية فانهم بقوا بعده عليه الصلاة والسلام فكان يجب ان يعطوهم فلما لم يعطوهم كان المراد بيان انهم مصارف اي ان كلا من المذكورين مصرف حتى جاز الاقتصار على صنف واحد كان يعطى تمام الخمس لابناء السبيل وان يعطى تمامه لليتامى كما ذكرنا من التحفة فجاز للراشدين ان يصرفوهم الى غيرهم خصوصا وقد رأوهم اغنياء متمولين اذ ذاك ورأوا صرفه الى غيرهم انفع ونقول مع ذلك ان الفقير منهم مصرف فينبغي ان يقدم على الفقراء كما قدمناه ويدفع قول الطحاوي انهم يحرمون لان فيه معنى الصدقة بمنع كون الخمس كذلك بل هو مال الله لان الجهاد حقه اضافه اليه لا حق لنا فيه ما ادوه طاعة له ليصير صدقة وسياقه يدل على بطلانه انه عليه الصلاة والسلام لم يصرفه لهم في حياته فلو كان فيه معنى الصدقة لم يفعل لكن يشكل على هذا ان مقتضاه كون الغني من ذوي القربى مصرفا غير ان الخلفاء لم يعطوهم اختيارا منهم لغيرهم في الصرف والمذهب خلافه لانه لو كان الغني مصرفا صح الصرف اليه واجزى لان المصرف من بحيث اذا صرف اليه سقط الواجب به وليس غني ذوي القربى عندهم كذلك هذا والا انه يكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لان كونهم مصارف كان للنصرة فلما في ابي داود وغيره بسنده الى سعيد بن المسيب قال اخبرني جبير بن مطعم قال فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان بن عفان حتى اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله فيهم فما بال اخواننا بني عبد المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه الصلاة والسلام انا وبنو عبد المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شيء واحد وشبك بين اصابعه اشار بهذا الى نصرتهم اياه نصرة المؤانسة والموافقة في الجاهلية فانه ليس في ذلك نصر قتال فهو يشير الى دخولهم معه في الشعب حين تعاقدت قريش على هجران بني هاشم وان لا يبايعوهم ولا يناكحوهم والقصة في السير شهيرة وعن هذا استحقت ذراريهم مع انه لا يتاتى نصرة منهم فقال وشرح قوله قرابتنا واحدة انه عليه الصلاة والسلام محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وهذا الجد اعني عبد مناف له اولاد هاشم الذي ذريته النبي صلى الله عليه وسلم والمطلب ونوفل وعبد شمس فكان قرابة كل من بني نوفل وبني عبد شمس والمطلب منه عليه السلام واحدة فمقتضى استحقاق ذوي القربى ان يستحق الكل على قول الشافعي او يكون فقراء الكل مصارف على قولنا فبين عليه الصلاة والسلام ان المراد القرابة التي تحقق منها تلك النصرة السابقة ومنع الراشدين لهم ليس بناء على علمهم بعدم الاستحقاق بل انهم مصارف ورأوا غيرهم اولى منهم على ما ذكرنا قوله فاما ذكر الله تعالى الخ لما فرغ من بيان سهم ذوي القربى شرع ليبين حال سهم الله وسهم الرسول فذكر ان سهمه وسهم رسوله واحد فانه ليس المراد من قوله تعالى فان لله خمسه وللرسول كذا وكذا ان له سبحانه سهما كما لكل من الاصناف سهم بل ذكره لافتتاح الكلام

وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي لأنه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية وقال الشافعي رحمه الله يصرف سهم الرسول إلى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة لما روينا **قال** وبعده بالفقر قال العبد الضعيف عصمه الله هذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط أيضا لما روينا من الإجماع ولأن فيه معنى الصدقة نظرا إلى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة وجه الأول وقيل هو الأصح ما روي أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء أما فقراؤهم فيدخلون في الأصناف الثلاثة وإذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام فأخذوا شيئا لم يخمس لأن الغنيمة هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد أو الاثنان بإذن الإمام ففيه روايتان والمشهور أنه يخمس لأنه لما أذن لهم الإمام فقد التزم نصرتهم بالإمداد فصار كالمنعة وإن دخلت جماعة لها منعة فأخذوا شيئا خمس وإن لم يأذن لهم الإمام لأنه مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولأنه يجب على الإمام أن ينصرهم إذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لأنه لا يجب عليه نصرتهم

ليتبرك به بذكر اسمه تعالى فإن لله ما في السموات وما في الأرض فسهم الله ورسوله واحد قال أبو العالية سهم الله ثابت يصرف إلى بناء بيت الله الكعبة إن كانت قريبة وإلا فإلى مسجد كل بلدة ثبت فيها الخمس وفيه بأن السلف فسروه بما ذكر فإن هذا التفسير روي عن ابن عباس رواه الطبراني في تفسيره عن إسحاق بن كعب حدثنا أحمد بن يونس حدثنا أبو شهاب عن ورقاء عن نهشل عن الضحاك عن ابن عباس أنه قرأ واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه ثم قال فإن لله خمسه مفتاح الكلام لله ما في السموات وما في الأرض وفي غيره حديث عن ابن عباس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فصرف ذلك الخمس في خمسة وعلى قول هذا القائل يكون في ستة وكذا روى الحاكم عن الحسن بن محمد بن علي بن الحنفية فيه قال هذا مفتاح كلام لله الدنيا والآخرة **قوله** وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي لأنه عليه الصلوة والسلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع وسيف أو جارية قبل القسمة وإخراج الخمس كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين أتى به علي رضي الله عنه بعد أن قتل منبها ثم دفعه إليه وكما اصطفى صفية بنت حيي بن أخطب من غنيمة خيبر رواه أبو داود في سننه عن عائشة والحاكم وصححه وقال الشافعي رحمه الله يصرف سهم الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الخليفة لأنه إنما كان يستحقه بإمامته لا برسالته قال المصنف رحمه الله والحجة عليه ما قدمناه أي من الخلفاء الراشدين أنهم قسموا الخمس على ثلاثة فلو كان كما ذكر لقسموه على أربعة وفيهم الإمام لا القسم ولم ينقل ذلك عن أحد وأيضا فهو حكم علق بمشتق وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق علته وهو الرسالة وأما قول المصنف وسهم ذوي القربى الخ فقد تقدم ما يغني عنه وقوله كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا يعني ما تقدم من حديث جبير بن مطعم وبعده بالفقر لا يخفى ضعفه فإن قوله ولذي القربى إما أن يراد به القربى المنتصرة فلذلك للرافقة في الضيق والمؤانسة فيه فيكون المصارف سواء في الحيوة وبعد الممات وأما الفقراء منهم فهم المصارف كذلك أي في حياته وبعد مماته فليس لوجه فيه إلا ما قدمناه من أنه لم يرد أن القرابة مصارف لغيرهم غير أنه عليه الصلوة والسلام أعطاهم اختيار الأحد الجائزين لا أن الصرف إليهم كان واجبا عليه كما يجوز أن يقتصر على مصرف دون مصرف ثم رأى الخلفاء الراشدون دفع الصرف إلى غيرهم وأما فقراؤهم فالأولى أن يعطوا لما قدمناه وما هو الحق في التقرير وإنما قال وقيل هو الصحيح أي قول الكرخي لأن من المشايخ كشمس الأئمة من يرجح قول الطحاوي وعليه فيرد توجيهه بأن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم فيه ما تقدم وقوله والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء يريد إجماع الخلفاء الراشدين وإلا فهو محل النزاع إلى اليوم من العلماء **قوله** وإذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين جمعه نظرا إلى قوله فأخذوا ولا يخفى أن الكلام المصنف قوله فأخذوا لكن كرر تنبيها على أن الثلاثة أيضا مراد أي إذا دخل واحد أو اثنان أو ثلاثة بغير إذن الإمام فأخذوا شيئا لم يخمس وقد صرح بأن الثلاثة كالواحد وأما الأربعة فيخمس وفي المحيط عن أبي يوسف أنه قدر الجماعة التي لا منعة لها بالسبعة والتي لها منعة بعشرة ومذهب الشافعي ومالك وأكثر أهل العلم أنه يخمس ما أخذه الواحد مطلقا لأنه مال حربي أخذ قهرا فكان غنيمة فيخمس بالنص ونحن وأحمد في رواية عنه نمنع أنه يسمى غنيمة بل الغنيمة ما أخذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والمتلصص إنما يأخذ بحيلة فكان هذا اكتسابا مباحا من المباحات كالاحتطاب والاصطياد ومحل الخمس ما هو الغنيمة بالنص بخلاف ما قاسوا عليه من الواحد والاثنين إذا دخلا بإذن الإمام لأن على الإمام أن ينصرهم حيث أذن لهم كما عليه أن ينصر الجماعة الذين لهم منعة كالأربعة أو كالعشرة إذا دخلوا بغير إذنه تحاميا عن توهين المسلمين والدين فلم يكونوا إلا بنصرة الإمام متلصصين وكان المأخوذ قهرا غنيمة وخذل

فصل في التنفيل قال ولا بأس بأن ينفل الامام في حال القتال ويحرض على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغير قد تأكد فيه بالاحراز قال الا من الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة القاتل وغيره في ذلك سواء

خذلانا اذا ترك نصره واسلمه

فصل في التنفيل نوع من القسمة فالحقه بها وقدم تلك لقسمته لانها الضابطة وهذه ملاحظة لانه الى راى الامام بان ينفل قليلا كثيرا ونحوها والتنفيل اعطاء الامام الفارس فوق سهمه وهو من النفل وهو الزائد ومنه النافلة للزائد على الفرض ويقال لولد الولد نافلة ايضا ويقال نفله تنفيلا ونفله بالتخفيف نفلا لغتان فصيحتان **قوله** ولا باس بان ينفل الامام اي يستحب ان ينفل لنص عليه في المبسوط وسيذكر المصنف انه تحريض والتحريض مندوب اليه وبه يتأكد ما اسلفنا من ان قول من قال لفظ لا باس انما يقال لما تركه اولى ليس على عمومه واعلم ان التحريض واجب بالنص المذكور لكنه لا ينحصر في التنفيل فلا يكون التنفيل واجبا بل يكون بغيره ايضا من الموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله فاذا كان التنفيل احد خصال التحريض كان التنفيل واجبا مخيرا ثم اذا كان هو احد الخصال الى المقصود يكون اسقاط الواجب به دون غيره مما يسقط به اولى وهو المندوب فصار المندوب اختيار الاسقاط به دون غيره لا هو في نفسه بل هو واجب مخير واما ما قيل في التنفيل ترجيح البعض وتوهين الآخرين وتوهين المسلم حرام فليس بشيء والا حرم التنفيل لاستلزامه مطلقا وانما قيد بقوله حال القتال لان التنفيل انما يجوز عندنا قبل الاصابة سواء كان بسلب المقتول وغيره ويشكل عليه قوله عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا فانما كان بعد فراغ الحرب في حنين **قوله** فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ومن اصاب شيا فهو له او يقول للسرية قد جعلت لكم النصف او الربع بعد الخمس اما لو قال للعسكر كل ما اخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس او للسرية لم يجز لان فيه ابطال السهمان التي اوجبها الشرع اذ فيه تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال ما اصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الثابت بالنص ذكره في السير الكبير وهذا بعينه يبطل ما ذكرنا من قوله من اصاب شيا فهو له لاتحاد اللازم فيهما وهو بطلان السهمان المنصوصة بالتسوية بل وزيادة حرمان من لم يصب شيا اصلا بانتهاضه فهو اولى بالبطلان والفرع المذكور في الحواشي وبه ايضا ينتفي ما ذكر من قوله انه لو نفل بجميع المأخوذ جاز اذا راى المصلحة فيه وفيه زيادة ايحاش الباقين واثارة الفتنة فلا ينفل بجميع المأخوذ لان فيه قطع حق الباقين ومع هذا لو فعل جاز اذا راى المصلحة فيه ثم محل التنفيل الاربعة الاخماس قبل الاحراز بدار الاسلام وبعد الاحراز لا يصح الا من الخمس وبه قال احمد وعند مالك والشافعي لا يصح الا من الخمس لانه المفوض الى راى الامام وما بقي للغانمين قلنا انما هي حقهم بعد الاصابة اما قبلها فهو مال الكفار وفيه نظر لان حقيقة التنفيل انما هو ما يصاب لا حال كونه مالهم فان حقيقته تعليق التمليك بالاصابة وعند الاصابة لم يتمحض مال الكفرة نعم حق الغانمين فيه ضعيف ما دام في دار الحرب بخلافه بعده وعلى هذا لو كان القتال وقع في دار الاسلام بان هجمها العدو ليس له ان ينفل الا من الخمس لانه بمجرد الاصابة صار محرزا بدار الاسلام **قوله** لانه لا حق للغانمين في الخمس اورد عليه انه لم يكن حقا لهم فهو للاصناف الثلاثة فكما لا يجوز ابطال حق الغانمين كذا لا يجوز ابطال حق غيرهم اجيب انما يجوز باعتبار جعل المنفل له من احد الاصناف الثلاثة وصرف الخمس الى واحد من الاصناف يكفي لما قدمنا انهم مصارف ولهذا قال في الذخيرة لا ينبغي للامام ان ينفله في الغني ويجعل لنفاله بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين لا الاغنياء فجعله للاغنياء ابطال حقهم **قوله** واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره سواء وهو قول مالك قال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وبه قال احمد الا انه قال اذا كان من اهل السهم او الرضخ وشرط الشافعي ان لا يكون قتله واحدا او له تحيين منعة

وقال الشافعي رحمه الله السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه ماخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك

(قوله) ... احمد بالقول احمد والشافعي لا سلب وشرطا ان يقتله مقبلا لا مدبرا ولا ان يرمي سهما الى صف المشركين فيصيب احدا فيقتله لان ذلك ليس غناء كثيرا اذ كل احد لا يعجز عنه واستدل عليه بما روى الجماعة الا النسائي من حديث ابي قتادة خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى حنين فساق الى ان قال فقال عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال فقمت فقلت من يشهد لي ثم جلست ثم قال مثل ذلك في الثانية فقمت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما لك يا ابا قتادة فاقتصصت عليه القصة يعني قصة قتله للقتيل فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتيل عندي فارضه من حقه فقال ابو بكر الصديق رضي الله عنه لاها الله اذن لا يعمد الى اسد من اسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه قال عليه الصلوة والسلام صدق فاعطه اياه فقال فاعطانيه واخرج ابو داود في سننه عن انس بن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين من قتل كافرا فله سلبه فقتل ابو طلحة يومئذ عشرين رجلا واخذ اسلابهم ورواه ابن حبان والحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولا خلاف في انه عليه الصلوة والسلام قال ذلك انما الكلام في ان هذا منه نصب الشرع على العموم في الاوقات والاحوال او كان تحريضا بالتنفيل قاله في تلك الواقعة وغيرها لحضهما فعنده نصب الشرع لانه هو الاصل في قوله لانه انما بعث لذلك قلنا كونه تنفيلا هو ايضا من نصب الشرع والدلالة على الخصوص واستدل المصنف على ذلك بانه عليه الصلوة والسلام قال لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك كان دليلا على ان محمل قوله من قتل قتيلا فله سلبه هو انه تنفيل في تلك الغزاة لا نصب عام للشرع وهو حسن لو صح الحديث او حسن لكنه انما رواه الطبراني في معجمه الكبير والاوسط عن حبيب بن سلمة ان صاحب قبرس خرج يريد طريق اذربيجان ومعه زمرد وياقوت ولؤلؤ وغيرها فخرج اليه فقتله فجاء بما معه فاراد ابو عبيدة رضي الله عنه ان يخمسه فقال له حبيب بن سلمة لا تحرمني رزقا رزقنيه الله فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل فقال معاذ يا حبيب اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انما للمرء ما طابت به نفس امامه وهذا معلول بعمرو بن واقد ورواه اسحاق بن راهويه حدثنا بقية بن الوليد حدثني رجل عن مكحول عن جنادة بن ابي امية قال كنا معسكرين بدابق فذكر لحبيب بن سلمة الفهري الى ان قال فجاء بسلبه على خمسة ابغل من الديباج والياقوت والزبرجد فاراد حبيب ان ياخذه كله وابو عبيدة يقول بعضه فقال حبيب لابي عبيدة قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه قال ابو عبيدة انه لم يقل ذلك للابد وسمع معاذ ذلك فاتى ابا عبيدة وحبيب يخاصمه فقال معاذ الا تتقي الله وتاخذ ما طابت به نفس امامك فانما لك ما طابت به نفس امامك وحدثهم بذلك معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم فاجتمع رايهم على ذلك فاعطوه بعد الخمس فباعه حبيب بالف دينار وفيه كما ترى مجهول ويخص الامر انه جعله خطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبيب وليس كذلك انما هو حبيب بن ابي سلمة وهو حبيب بن مسلمة ... قد لا يضر ضعفه فانا انما نستانس به لانه محتمل لفظ روي عنه عليه الصلوة والسلام وقد يستانس بما في البخاري ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف في مقتل ابي جهل يوم بدر فان فيه انه عليه الصلوة والسلام قال لمعاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء لما اراه سيفيهما كلاكما قتله ثم قضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح وحده ولو كان مستحقا للقاتل لقضى به لهما الا ان البيهقي دفعه بان غنيمة بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم بنص الكتاب يعطي من يشاء وقد قسم لجماعة لم يحضروا ثم نزلت آية الغنيمة بعد بدر فقضى عليه الصلوة والسلام بالسلب للقاتل واستقر الامر على ذلك انتهى يعني ما كان اذ ذاك قال السلب للقاتل حتى يصح الاستدلال ومن يدعي انه قال في بدر ايضا على ما اخرجه ابن مردويه من طريق فيه الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس ومن طريق عطاء بن عجلان عن عكرمة عن ابن عباس قال قال عليه الصلوة والسلام يوم بدر من قتل قتيلا فله سلبه فجاء ابو

وما زاد لا يحتمل بسبب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما رويناه وزيادة الثناء لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته أو على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه

ياسر بن فقال سعد بن عبادة أي رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان بنا جبن عن العدو ولا ضن بالحيوة أن نصنع ما صنع إخواننا ولكنا رأيناك قد أفردت فكرهنا أن ندعك بمضيعة قال فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يزدوا تلك الغنائم بينهم فظهر أنه حيث قال ليس نصب الشرع للأبد هو وإن ضعف سنده فقد ثبت أنه قال يوم بدر من قتل قتيلا فله كذا وكذا في أبي داود ولا شك أنه لم يقل لفظ كذا وكذا وإنما هو كناية من الراوي عن خصوص ما قال وقد علمنا أنه لم يكن عنى دراهم أو دنانير فإن الحال بذلك غير معتاد ولا الحال يقتضي ذلك لقلتها أو عدمها فيغلب على الظن أن ذلك المكنى عنه للراوي وهو السلب ما أخذ لأنه المعتاد أن يجعل في الحرب للقاتل وليس كلما روي بطريق ضعيفة باطلا فيقع الظن بصحة جعله في بدر السلب للقاتل والمأخوذ للآخذ فيجب قبوله غاية الأمر أنه تظافرت به أحاديث ضعيفة على ما يفيد أن المذكور من قوله من قتل قتيلا فله سلبه أنه ليس نصبا عاما مستمرا والضعيف إذا تعددت طرقه ارتقى إلى الحسن فيغلب الظن أنه تنفيل في تلك الوقائع ومما يبين ذلك بقية حديث أبي داود فإنه قال بعد قوله كذا وكذا تقدم الفتيان ولزم المشيخة الرايات فلما فتح الله عليهم قال المشيخة كنا ردءا لكم لو انهزمتم فئتم إلينا فلا تذهبوا بالغنم ويبقى فأبى الفتيان وقالوا جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لنا الحديث فقوله جعله يبين أن كذا وكذا هو جعله السلب للقاتلين والمأخوذ للآخذين وحديث مسلم وأبي داود عن عوف بن مالك الأشجعي دليل ظاهر أنه كما قلنا قال خرجت مع زيد بن حارثة في غزوة مؤتة ورافقني مددي من أهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس أشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يغري بالمسلمين وقعد له المددي خلف صخرة فمر به الرومي فعرقب فرسه فخر فعلاه فقتله وحاز فرسه وسلاحه فلما فتح الله على المسلمين بعث إليه خالد بن الوليد فأخذ منه سلب الرومي قال عوف فأتيت خالدا فقلت يا خالد أما علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى ولكني استكثرته قلت لتردنه أو لأعرفنكما عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى أن يعطيه قال عوف فاجتمعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقصصت عليه قصة المددي وما فعل خالد فقال عليه الصلاة والسلام يا خالد رده عليه ما أخذت منه قال عوف قلت دونكها يا خالد ألم أوف لك فقال صلى الله عليه وسلم وما ذاك قال فأخبرته قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا خالد لا ترده عليه هل أنتم تاركو إلى أمرائي لكم صفوة أمرهم وعليهم كدرة ففيه أمران الأول رد قول من قال إنه عليه الصلاة والسلام لم يقل من قتل قتيلا فله سلبه إلا في حنين فإن مؤتة كانت قبل حنين وقد اتفق عوف وخالد أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالسلب للقاتل قبل ذلك والآخر أنه منع خالدا من رده بعد ما أمر به فدل أن ذلك حيث قاله عليه الصلاة والسلام كان تنفيلا وأن أمره إياه بذلك كان تنفيلا طابت نفس الإمام له به ولو كان شرعا لازما لم يمنعه من مستحقه وقول الخطابي إنما منعه أن يرد على عوف سلبه زجرا لعوف لئلا يجترئ الناس على الأئمة وخالد كان مجتهدا فأمضاه عليه الصلاة والسلام واليسير من الضرر يحتمل للكثير من النفع غلط وذلك لأنه لم يكن للذي اجترأ وهو عوف وإنما كان للمددي فلا تزر وازرة وزر أخرى وغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك كان أشد على عوف من منع السلب أزجر له منه فالوجه أنه عليه الصلاة والسلام أحب أولا أن تمضي شفاعته للمددي في التنفيل فلما أغضبه بطل شفاعته وذلك يمنع السلب لأنه لغضبه وسياسته يزجره بمنع حق آخر لم يقع لجنايته فهذا أيضا يدل على أنه ليس شرعا لازما وقوله وزيادة الثناء جواب عن تخصيصه بكونه قتيله مقبلا فقال زيادة الثناء في الجنس الواحد لا يعتبر موجبه زيادة من المغنم لما قامت به وقوله كما ذكرناه يعني ما قدمه في أول فصل كيفية الغنيمة من أنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة بل نفس الزيادة لأنه يحتاج إلى شاهد بأن هذا في الحرب أكثر من هذا ولا يكفي زيادة

ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مر من قبل حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي له فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند أبي يوسف وقال محمد له أن يطأها ويبيعها لأن التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالإتلاف قد قيل على هذا الاختلاف

باب استيلاء الكفار

وإذا غلب الترك على الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لأن الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما بيناه إن شاء الله تعالى وإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتبارا بسائر أملاكهم

شهرة بذا دون ذلك ولا بعد أن تحقق اغناء من غير المشهور في وقت أكثر من المشهور أو تشبيرا إلى قوله لأن الكل والزاسق حين قوله والسلب
ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وما على مركبه من السرج والآلة وما معه على الدابة من ماله في حقيبته وما على وسطه من ذهب وفضة
وما سوى ذلك مما هو مع غلامه أو على دابة أخرى فليس بسلب بل حق الكل والحقيبة الزيادة في مؤخر القتب وكل شيء شددته في مؤخر
رحلك أو قتبك فقد استحقبته وللشافعي في المنطقة والطوق والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة وحقيبة قولان أحدهما ليس
من السلب وبه قال أحمد والإخراج من السلب هو قولهما وعن أحمد في بردته روايتان قوله ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فقط وأما
الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مر من قبل أي في باب الغنائم من قوله لأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة
حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي له ومن أصاب شيئا فهو له فأصابها مسلم فاستبرأها لا يحل له وطؤها في دار الحرب قال محمد له أن يطأها
وهو قول الأئمة الثلاثة لأنه اختص بملكها بتنفيل الإمام فصار كالمختص بشرائها في دار الحرب أو بعد قسم الإمام الغنائم في دار الحرب مجتهدا حيث
يحل وطؤها بالإجماع بعد الاستبراء بخلاف المتلصص إذا أخذ جارية في دار الحرب واستبرأها لا يحل له وطؤها بالاتفاق لأنه لم يختص بملكها لأنه لو لحقه
جيش المسلمين شاركوه فيها ولهما أن سبب الملك في التنفيل ليس إلا القهر كما في الغنيمة ولا يتم إلا بالإحراز بدار الإسلام لأنه ما دام في دار الحرب
مقهور دارا وقاهر يدا فيكون السبب ثابتا من وجه دون وجه ولا أثر للتنفيل في إثبات القهر بل في قطع حق غيره وإنما الملك
فإنما سببه ما هو السبب في كل الغنيمة وهو ما ذكرنا بخلاف المشتراة لأن سبب الملك بعقد والقبض بالتراضي لا القهر وقد تم وعدم الحل
للمتلصص لعدم تمام القهر أيضا قبل الإحراز لا لما ذكر أن لحوق الجيش موهوم ولا يعارض الحقيقة واعلم أن كون الملك يتم بالقسمة
في دار الحرب عند أبي حنيفة فيه خلاف قيل نعم لأنه مجتهد فيه فيتم ملك من وقعت في سهمه فيطأها بعد الاستبراء بالاتفاق كالمشتراة وقيل لا لأنه لم يتم
عدم الحل ولا يتم القياس عليه لمحمد إلا على أحد القولين وقوله ووجوب الضمان بالإتلاف ذكره لدفع شبهة ترد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف
محمد ذكر في الزيادات أن المتلف للسلب بنفل الإمام رجلا يضمن لم يذكر خلافا فأورد عليهما أن الضمان دليل تمام الملك فينبغي أن
يحل الوطء عندهما أيضا بعد الاستبراء فقال في جوابه بل هو على الخلاف وإنما يضمن عند محمد خلافا لهما وفي نسخة وقد قيل أو لأنه
باب استيلاء الكفار لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع في بيان حكم استيلاء بعضهم على البعض وحكم استيلائهم علينا وقدم الأول
على الثاني لظاهر قوله وإذا غلب الترك على الروم أي كفار الترك على كفار الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لأن الاستيلاء قد تحقق
على مال مباح على ما بيناه عن قريب فإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من مال أي مما أخذوه منهم وإن كان بيننا وبين الروم موادعة
لأنا لم نغدر بهم إنما أخذنا ما لا خرج عن ملكهم ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة فاقتتلوا فغلبت إحداهما كان لنا أن نشتري من الغالبين
من مال الطائفة الأخرى من الغانمين لما ذكرنا وفي الخلاصة والإحراز بدار الحرب شرط إلا بدارهم فلا ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين
موادعة واقتتلوا في دارنا لا نشتري من الغالبين شيئا لأنهم لم يملكوه لعدم الإحراز فيكون شراؤنا غدرا بالأخرى فإنه على ملكهم ولو اقتتلت
طائفتان في بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغالبين نفسا أو مالا ينبغي أن يقال إن كان بين المأخوذ وبين الآخذ قرابة
محرمة كالأمية أو كان المأخوذ لا يجوز بيعه للآخذ لم يجز إلا إن دانوا بذلك عند الكرخي وإن لم يكن فإن دانوا بأن من قهر آخر ملكه جاز

وإذا غلبوا على أموالنا والعياذ بالله وأحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها لأن الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فإذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار لأنه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره إذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل

(قوله وإذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها) وهو قول مالك وأحمد إلا أن عند مالك بمجرد الاستيلاء يملكونها ولأحمد فيه روايتان كقولنا وكقول مالك فيتفرع على ملكهم أموالنا بالإحراز أن لكل من دخل دار الحرب بأمان من المسلمين أن يشتري ما أخذوه وله أكله ووطء الجارية لملكهم لها وكذلك قال الشافعي لا يملكونها لأن الاستيلاء أي استيلاءهم على أموالنا محظور ابتداء عند الأخذ وانتهاء عند صيرورتها في دارهم لبقاء عصمة المال لبقاء سببها وهو عصمة المالك قال عليه الصلاة والسلام فإذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم والكفار مخاطبون بالحرمات أيضا والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدته فصار كاستيلاء المسلم على مال المسلم وكاستيلائهم على رقابنا ولأن النص دل عليه وهو ما روى الطحاوي مسندا إلى عمران بن الحصين قال كانت العضباء من سوابق الحاج فأغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضباء وأسروا امرأة من المسلمين وكانوا إذا نزلوا يريحون إبلهم في أفنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير إلا رغا حتى أتت على العضباء فأتت على ناقة ذلول فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لئن الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها فلما قدمت عرفت الناقة فأتوا بها النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرت المرأة بنذرها فقال بئس ما جزيتها أو جزتيها لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم وفي لفظ فأخذ ناقته فلو كان الكفار يملكون بالإحراز لملكتها المرأة لإحرازها إياها والجواب من النقل والمعنى فالأول قوله تعالى للفقراء المهاجرين سماهم فقراء ومن لا يملك شيئا فدل على أن الكفار ملكوا أموالهم التي خلفوها وهاجروا عنها وليس من لا يملك لأنه في مكان لا يصل إليه فقيرا بل هو مخصوص باسم ابن السبيل وكذا عطفوا عليهم في نص الصدقة فأما ما استدل به الشارحون مما في الصحيحين أنه قيل له عليه الصلاة والسلام في الفتح أين تنزل غدا فقال فهل ترك لنا عقيل من منزل وروي منزلا غدا بمكة فقال فهل ترك عقيل لنا من رباع وإنما قال لأن عقيلا كان استولى عليها وهو على كفره فغير صحيح لأن الحديث إنما هو دليل أن المسلم لا يرث الكافر فإن عقيلا إنما استولى على الرباع بإرثه إياها من أبي طالب فإنه توفي وترك عليا وجعفرا مسلمين وعقيلا وطالبا كافرين فورثاه ولأن الديار كانت للنبي صلى الله عليه وسلم فلما هاجروا استولوا عليها فملكوها بالاستيلاء

وروى أبو داود في مراسيله عن تميم بن طرفة قال وجد رجل مع رجل ناقة له فارتفعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأقام البينة أنها ناقته وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من العدو فقال النبي صلى الله عليه وسلم إن شئت أن تأخذ بالثمن الذي اشتراها به فأنت أحق وإلا فخل عن ناقته والمرسل حجة عندنا وعند أكثر أهل العلم وأخرج الطبراني مسندا عن تميم بن طرفة عن جابر بن سمرة وفي سنده ياسين الزيات ضعيف وأخرج الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال فيما أحرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم إن وجده صاحبه قبل أن يقسم فهو أحق به وإن وجده قد قسم فإن شاء أخذه بالثمن وضعف بالحسن بن عمارة وأخرج الدارقطني عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من وجد ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو له ومن وجده بعدما قسم فليس له شيء وضعف بإسحاق بن عبد الله بن أبي فروة ثم أخرجه بطريق آخر فيه رشدين وضعفه به وأخرجه الطبراني عن ابن عمر مرفوعا من أدرك ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو له وإن أدركه بعد أن يقسم فهو أحق به بالثمن وفيه ياسين ضعف به وقال الشافعي واحتجوا أيضا بأن عمر بن الخطاب قال من أدرك ما أخذ العدو قبل أن يقسم فهو له وما قسم فلا حق له فيه إلا بالقيمة قال هذا إنما روي عن الشعبي عن عمر وعن جابر بن حيوة عن عمر مرسلا وكلاهما لم يدرك عمر وروى الطحاوي بسنده إلى قبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب قال فيما أخذه المشركون فأصابه المسلمون فعرفه صاحبه إن أدركه قبل أن يقسم فهو له وإن جرت فيه

فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله عليه السلام فيه ان وجدتة قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بازالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذي اشتراه به التاجر وان شاء تركه لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا ترى انه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهوبا لا يأخذه لما بينا وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا

السهام فلا شيء له ورواه عنه الطبراني عن ابي عبيدة مرسلا وفي ذلك روي باسناده الى سليمان بن يسار عن زيد بن ثابت مثله وروى ايضا باسناده الى قتادة عن خلاس ان عليا بن ابي طالب قال من اشترى ما احرز العدو فهو جائز والعجب ممن يشك بعد هذه الكثرة في نفي اصل هذا الحكم ويدور في ذلك بين تضعيف بالارسال والتكلم في بعض الطرق فان الظن بلا شك يقع في مثل ذلك ان هذا الحكم ثابت وان هذا الجمع من علماء المسلمين لم يتعمدوا الكذب ويبعد انه وقع غلط لكل في ذلك فتوافقوا في هذا الغلط بل لا شك ان الراوي الضعيف اذا كثر مجيء معنى ما رواه يكون مما اجاد فيه وليس يلزم الضعيف الغلط دائما ان يكون اكثر حاله السهو والغلط هذا مع اعتضاده بما ذكرنا من الآية والحديث من الصحيح وحديث العضباء كان قبل احرازهم بدار الحرب الا ترى الى قوله وكانوا اذا نزلوا منزلا الخ فانه لقيهم انها فعلت ذلك وهم في الطريق واما المعنى فما اشار اليه المصنف بقوله الاستيلاء ورد على مال مباح يعني الاستيلاء الكائن بعد الاحراز في حالة البقاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك كاستيلائنا على اموالهم فانه ما تم لنا الملك فيه الا لهذا المعنى وهذا اي كونه مباحا انما ذاك لان العصمة تثبت على منافاة الدليل وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا منه فانه يقتضي اباحة الاموال بكل حال وانما ثبت ضرورة تمكن المحتاج من الانتفاع فاذا زالت المكنة من الانتفاع عاد مباحا كما كان وزوالها على التحقيق والتيقن بتباين الدارين فان الاحراز يكون تاما وهو الاقتدار على المحل حالا ومالا بالادخار الى وقت حاجته بخلاف اهل البغي اذ احرزوا اموالنا لا تزول املاكنا لان العصمة ومكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملة من وجه فلا يزول الملك بالشك ثم اجاب عن قولهم المحظور لا يصلح سببا للملك فقال ذلك في المحظور لنفسه اما المحظور لغيره فلا فانا وجدناه صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب كما في الصلاة في الارض المغصوبة فما ظنك بالملك الدنيوي والقياس على استيلائهم على رقابنا فاسد لانها ليست مالا وكذا على غصب المسلم مال المسلم وذلك لانه ليس فيه احراز يزيل الملك على ما ذكرنا في الباغي واورد عليه ان العصمة اذا زالت بالاحراز بدارهم لم يكن الاستيلاء محظورا فلا يحتاج الى هذا الكلام وان لم تكن زالت لم يصر ملكا لهم واجيب بان العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام والمقومة زالت لانها بالدار وقد يقال ان كان الملك انما يزول بزوال التقوم صار مباحا وعاد الاول وان لم يسقط لزم الثاني فالمدار الاباحة وعدمها ثم الوجه لا حاجة الى اثبات انه محظور لغيره وذلك لان الاستيلاء ان اريد به ابتداء الاخذ او ادخاله في دار الحرب يجب كونه منهيا لعينه لانه ظلم وهو قبيح لنفسه فهو محرم لنفسه وان كان تحريم الغصب لقيام ملك الغير فهو قبيح لنفسه على ما عرف بكذا اورد في الاصول على كون الغصب مفيد الملك فلذلك اجيب بان المفيد له هو الضمان على ما في توجيهه من الكلام بل نقول ليس الاستيلاء الاول سببا للملك ولا الادخال الى دار الحرب بل الادخال سبب زوال المكنة الانتفاع سبب للاباحة وهو لا يوصف بحل ولا حرمة لانه ليس من الافعال ثم الاستيلاء الكائن في البقاء على ذلك المال المباح سبب ملك الكافر وهذا الاستيلاء ليس بمحرم لانه على مال مباح والاباحة مسببة عما ليس بمحرم وهو زوال المكنة فاما الاخذ والمشي فاسباب لغير ذلك مما ذكرنا فكان الوجه منع ان سبب الملك هنا محظور لنفسه ولغيره بل هو امر مباح والسبب البعيد لا يؤثر في السبب الآخر لانه سبب في غيره على ما عرف من ان العلة البعيدة لا اثر لها في المعلول بخلاف الغصب فانه لا يستعقب الاباحة اصلا وقول بعضهم في التقرير لانه اي الاستيلاء ورد على مال محظور معصوم لان استيلاءهم انما يتحقق بعد الاحراز ولما احرزوا انقطعت العصمة فورد على مباح لان المسلم تممه اذا لم يهاجر الينا يقتضي ان ماله مباح وليس كذلك بل ماله معصوم عليه غير ان الشارح حكى الخلاف المتقدم وسيأتي ليس في يده بل يكفي المنع بان يقال لا نسلم انه محظور لانه ورد على مال مباح الخ **قوله** فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء فان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله عليه الصلاة والسلام فيه ان وجدته الخ وتقدم الكلام في الحديث ونظائره فان قيل اخذه قبل القسمة اذا كان حكما

قال فان اسروا عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي اخذ به من العدو اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح فلو اخذه اخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشتري شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب اما ههنا الملك صحيح فلو قال وان اسروا عبدا فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه ثانية وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان يأخذه من الثاني بالثمن لان الاسر ما ورد على ملكه وللمشتري الاول ان يأخذه من الثاني بالثمن لان الاسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بالفين ان شاء لانه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما وكذا اذا كان المأسور منه الثاني غائبا ليس للاول ان يأخذه اعتبارا بحال حضرته

لازما لعقيقته قيام ملك الحبيب بالمنع فان الواهب له ان يأخذه وهبه بعد زوال ملكه عنه شرعا وكذا الشفيع يتقدم على المالك المشتري في الاخذ ولا ملك له حاصله ان في الشرع صور التقدم فيها غير المالك على المالك كما رأيناك فلان يتقدم غير المالك اولى وهو ما ذكرنا فانه لا ملك لاحد في المغنوم قبل القسمة فيجبر بضرورة القوي بغيره ليصير فان الشركة اعلى في الحق دون الملك وثانيا هي شركة عامة يضعف ضرر كل واحد لكثرة وصورة الشفيع شبيهة اخذه بالقيمة بعد القسمة لتقدمه في اثبات ملك منتف بازالة ملك موجود بالثمن دفعا لضرر الجوار والخلطة مع دفع ضرر اتلاف مال الآخر وشبهه بالتاجر اذا دخل دار الحرب فاشترى ما استولوا عليه من مال المسلم فانه ازالة ملك ثابت بعوض باحداث ملك ايل بعوض لقدره وهي المسألة التي ذكرناها وهذا لان الشارع لما لم يزل الملك لخاص لحادث للغازي في مقابلة عناء حصل له لاجابة مال بدله الا بيده ليعتدل النظر ويخف الضرر عن الجانبين فلان لا يزيله بمنع ملكا حصل بعوض باحداث ملك الا بعوض ليعتدل من الجانبين اولى ولان التاجر اشتراه بعوض يأخذه بالقيمة العرض او لو ترك اخذه بعد العلم بشرائه واخراجه من دار آخر زمانا طويلا له ان يأخذه بعده في ظاهر الرواية ذكره في وليس سماعه من محمد ليس كالشفيع اذ لم يطلب الشفعة والنظر ان صاحبه الاول لو وهبه لمسلم اخذه مالكه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص في مقابلة ما كالمال او اقل من لما ثبت اذا كانت اذ المال ثابت معنى لان المكافاة مطلوبة والظاهر القيامها فلا يزال الا بالقيمة وقد يمنع هذا بالرجوع ولو كان ما اخذ الكفار من مال المسلم مثليا كالدراهم والدنانير والحنطة والعسل والزيت ثم غنمه المسلمون يأخذه المسلم قبل القسمة بغير شيء ولا يأخذه بعدها لانه لا فائدة فيه لان اخذه بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان المثلي موهوبا من الكافر للموهوب له ليس فيه الا المثل وهو انه غير مفيد لما قلنا وكذا اذا كان الذي اخذه من الكفار مشتري بمثله قدرا ووصفا ليس لصاحبه القديم ان يأخذه لانه غير مفيد وقيد بقوله قدرا ووصفا لانه لو اشتراه المشتري باقل قدرا منه او بجنسه لكن دون منه او احسن فان له ان يأخذه بمثل ما اعطى المشتري منه فرع اختلف المولى والمشتري منهم في قدر الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه لانه انما يملك عليه ماله بالقرب كالمشتري مع الشفيع اذا اختلفا في الثمن الا ان يقيم المالك البينة انه اشتراه باقل فيثبت ذلك **قوله** فان اسروا عبدا فاشتراه رجل فاخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان للمولى ان يأخذه بالثمن الذي اخذه به من العدو ولا يأخذ الارش لان ملكه فيه صحيح لانه اخذ بدل ملك صحيح كما لو قتل العبد بخلاف المشتري شراء فاسدا على ما سنذكر فلو اخذه اي الارش اخذه بمثله دراهم او دنانير وعلمت انه لا يفيد ولو بزيادة او نقصان ولو كانت امة فباعها الغانم بالف فولدت في يد المشتري وماتت فاراد المالك اخذ الولد فعند ابي يوسف له ذلك بالالف وعند محمد بحصته منها ولا يحط شيء من الثمن بالنقص من عينه لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن والعين كالوصف لانها تحصل بها وصف الابصار وقد فات في ملك صحيح فلا يقابلها شيء من الثمن فلا يسقط بفواتها شيء منه وانما لم يقابل شيء من الثمن الوصف لانه تابع وبفواته لا يسقط شيء من الثمن ولهذا لو ظهر في المبيع وصف مرغوب فيه وقد نفياه عند العقد لم يكن للبائع ان يطلب شيئا بمقابلته ولو اشترى عبدا فذهبت يده او عينه قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن والعقر كالارش واستشكل بان الوصف انما يقابله شيء من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالتناول اما اذا صار فله حظ من الثمن كما لو اشترى عبدا ففقئت عينه ثم باعه مرابحة فانه يحط من الثمن بحصة العين ولو اعورت في يده بآفة سماوية لا يحط بل يرابح على كل الثمن وكذا في الشفعة اذا كان فوات وصف المشفوع لفعل قصدي قوبل ببعض الثمن كما لو استهلك المشتري بعض بناء الدار المشفوعة فانه يسقط عن الشفيع حصته ولو فات بآفة سماوية كما جف شجر البستان بنحوه لا يقابله شيء من الثمن بهذا ورد على اطلاقه قوله بخلاف الشفعة لان ذلك في القصدي اي في غيره فالشفعة والمسألة التي نحن فيها سواء وحيث صار الوصف انما يقابله بعض الثمن عند صيرورته مقصودا بالتناول في الملك الفاسد موضع وجوب اجتناب الشبهة كما ذكرت من مسألة المرابحة لانها مبنية على الامانة والشبهة حكم الحقيقة فيها والملك في الشفعة للمشتري كالملك

ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لأن السبب إنما يفيد الملك في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لأنه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء لجنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة وقالا يملكونه لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لأن سقوط اعتبارها لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لأن يد المولى باقية عليه لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان أو مشتريا أو مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم

من حيث وجوب تحويله إليه أما في الشراء الصحيح الذي لا يشبه الفاسد فالثمن يقابل العين لا غير وقوله لأن الأوصاف تضمن بالتعدي أي في البيع الفاسد لأنه كالغصب من حيث وجوب فسخ السبب فالأصل على تقدير الضمانات هو الغصب إنما لزمه ذلك مراعاة لحق المالك مبالغة في دفع الظلم والبيع الفاسد دونه في ذلك لتحقق التراضي فيه من الجانبين غير أن الشرع أمر بتراجعهما في حق الملك طلبا ورد كل منهما بدل الآخر وفي الكافي قوله إن الأخذ للمالك القديم مع ثبوت الملك الصحيح للمشتري من العدو ثبت بخلاف القياس نصا وهو قوله إن شاء أخذه بالثمن وهو اسم للكل فلا يحط عنه هذا ولو أنه فقئ عيناه عند الغازي المقسوم له فأخذ قيمته وسلمه للفاقئ فللمالك الأول أخذه من الفاقئ بالقيمة أعمى عند أبي حنيفة وقالا بقيمته سليما وهي التي أعطاها الفاقئ للمولى لما أنه فوت وصف فلا يسقط به شيء من ثمنه ولأنه طرف وهو مقصود فهو كفوات البعض فليسقط حصته من الثمن كالولد مع الأم ... بخلاف مسألة الكتاب لأن الفاقئ غيره بغير رضاه قوله لو أسروا جارية وأحرزوها ثم ظهر المسلمون فوقعت في سهم غانم فباعها بألف فولدت في يد المشتري فماتت فأراد المالك القديم أخذ الولد فعند أبي يوسف له ذلك بألف وعند محمد بحصته من الألف وذلك أن يقسم الألف على قيمة الأم يوم القبض وقيمة الولد يوم الأخذ فما أصاب كلا فهو حصته قوله وإن أسروا الكفار عبد المسلم فاشتراه رجل منهم بألف فأسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف فليس للمولى الأول وهو المأسور منه أولا أن يأخذه من الثاني وكذا لو كان الثاني غازيا كما سنذكره لأن الأسر ما ورد على ملكه بل على الثاني فإنما يثبت حق الأخذ للمشتري الأول حتى لو أبى أن يأخذه لم يلزم المشتري الثاني إعطاؤه للمولى الأول ولو كان المشتري الأول وهب له أخذه مولاه من الموهوب له بالقيمة كما لو وهبه الكافر لمسلم ثم إذا أخذه المشتري الأول من المشتري الثاني بألف فأراد المولى الأول أن يأخذه من المشتري الأول أخذه بألفين لأنه قام عليه بذلك وهو وإن تضرر بذلك ففي مقابلة العبد الذي عوضه بخلاف ما لو أخذه بألف فإنه يفوت الألف الأخرى على المشتري الأول بلا عوض أصلا فرع لو باع المشتري من العدو العبد من غيره أخذه المالك القديم من الثاني بالثمن الذي اشتراه به إن مثليا فبمثله أو قيميا بأن كان اشتراه بمقايضة فبقيمته لأن المشتري الثاني قائم مقام المشتري الأول وليس للقديم أن ينقض العقد الثاني ليأخذه من المشتري الأول بالثمن الأول إلا في رواية ابن سماعة عن محمد فظاهر الرواية الأول كذا في المبسوط وفيه أن الكفار لو أسلموا قبل أن يبيعه لم يكن للقديم أن يأخذه قوله ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة الكائنة بالإحراز بدارهم مدبرينا ولا أمهات أولادنا ولا مكاتبينا ولا أحرارنا ونملك نحن عليهم جميع ذلك لأن السبب هو الاستيلاء التام إنما يفيد الحكم وهو الملك إذا ورد عليه في محله ومحله المال المباح والحر المسلم معصوم بنفسه وكذا من سواه ممن ذكرنا من مدبرينا ومن بعدهم لأنه تثبت الحرية فيهم من وجه الإسلام بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم بالكفر ولا جناية من هؤلاء ويتفرع على عدم ملكهم هؤلاء أنهم لو أسروا أم ولد لمسلم أو مكاتبا أو مدبرا ثم ظهر على دارهم أخذه مالكه بعد القسمة بغير شيء ويعوض الإمام من وقع في قسمته من بيت المال قيمته ولو اشتراه تاجر منهم أخذه منه بغير ثمن ولا عوض قوله فإن أبق عبد لمسلم أو ذمي وهو مسلم فدخل إليهم دار الحرب فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة وقالا يملكونه وبه قال مالك وأحمد لتحقق الاستيلاء على مال قابل للملك محرزا بدار الحرب وبه تم الملك لهم وهذا لسقوط عصمته لأنها لحق المالك وقد زالت وصار كما لو ندت البهيمة دابة أي شردت من باب ضرب لأن مصدره نادر ندودا كما يجيء على هذا القياس وكما لو أخذوا العبد الآبق أو غيره

وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ فى زعمه انه ملكه وان ندّ بعير اليهم فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر عند
الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه يأخذه بالثمن ان شاء لما بينا فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس
ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله واخرجه الى دار الاسلام فان المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ابى حنيفة
وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء اعتبارا للحالة الاجتماعية بحالة الانفراد وقد بينا الحكم فى كل فرد ولو دخل الحربى دارنا بامان واشترى عبدا مسلما
وادخله دار الحرب عتق عليه عند ابى حنيفة وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقى فى يده عبدا
ولابى حنيفة ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضى ثلاث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين فى دار الحرب

من دارنا اذا احرز وه حيث يملكونه فكذا اذا ولابى حنيفة ان العبد ظهرت يده على نفسه وهذا لانه آدمى مكلف فله يد على نفسه ولهذا لو اشترى نفسه لنفسه من مولاه لم يكن لمولاه حبسه بالثمن لانه صار قبوضا بمجرد عقده وانما سقط اعتبار يده لتتحقق يد المولى عليه تمكينا للمولى من الانتفاع وقد زالت يد المولى بمجرد دخوله دار الحرب فظهرت يد العبد على نفسه سابقة على يد اهل الحرب لان اخذهم اياه لا بد ان يتراخى عن دخوله واذا سبقت يده يدهم صار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف الآبق المتردد فى دارنا اذا اخذوه لان يد المولى قائمة عليه ما دام فى دار الاسلام حكما لقيام يد اهل الدار فيمكنه الاستعانة على وجوده والاقتدار باق فمنع ظهور يده على نفسه ولا كذلك المأذون فى الدخول لان دخوله باذنه وهو على عزم العود اليه وبخلاف الدابة التى ندت فانه لا يد لها على نفسها والضمير فى قول المصنف لان سقوط اعتبار اليد وكان الواجب ان يقول اعتبارها لان اليد مؤنثة وقد يعود على الظهور اى سقوط اعتبار يده ولو كان العبد كافرا فان كان مرتدا ملكوه وان كان كافرا فهو ذمى تبعا لمولاه واذا لم يثبت لهم ملك فيه يأخذه المالك القديم بغير شيء سواء كان موهوبا منهم للذى اخرجه الى دار الاسلام او مشترى منهم او مغنوما قبل القسمة وبعدها الا انه اذا اخذه بعد القسمة يؤدى الامام عوضه من بيت المال للمأخوذ منه لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وتفرق المال فى ايديهم وايدى غيرهم ممن تصرفهم وفيه ما لا يخفى من الحرج وبيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا من نوائبهم ولانه لو فضل من الغنيمة شيء يتعذر قسمته كاللؤلؤة توضع فى بيت المال فاذا لحق غرامة كان فيه ولا يعطى المشترى شيئا اذا كان اشتراه بغير اذن المولى فان اشتراه باذنه رجع عليه بما اشتراه به وعندهما يأخذه بالثمن فى المشترى وبالقيمة فى الموهوب كما فى المأسور غير الآبق وانما قيدنا اول المسئلة بكون العبد مسلما لانه لو ارتد فابق اليهم فاخذوه ملكوه اتفاقا ولو كان كافرا من الاصل فهو ذمى تبعا لمولاه وفى العبد اذا ابق قولان ذكره فى طريقة مجد الائمة قوله
وليس له اى الغازى او التاجر جعل الآبق لاستحقاقه اذا اخذه ليرده فيكون عاملا له وههنا انما هو عامل لنفسه قوله وان ند بعير اليهم فاخذوه ملكوه وجه فيتفرع على ملكهم اياه انه لو اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فانما يأخذه مالكه منه بالثمن ان شاء قوله فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله فاشترى رجل ذلك كله فان المولى يأخذ العبد بغير شيء والمتاع والفرس بالثمن عند ابى حنيفة وعندهما يأخذ العبد ايضا بالثمن ان شاء وهذه متفرعة على ملكهم العبد الآبق اليهم عندهما دونه وأورد عليه ينبغى ان يأخذ الكل بلا شيء لان العبد لما ظهرت يده على نفسه ظهر على ما فى يده لانه مال مباح فيمنع ظهور يد الكفار عليه كما منعت ظهور يدهم عليه نفسه لسبقها اجيب بان غاية انه صار له يد بلا ملك لان الرق ينافيه فيبقى فى يده كما لو كان مملوكا لا مالك فيملكه الكفار بالاستيلاء وفيه نظر لان الغرض ان سبق اليد يمنع استيلاءهم عنده فانما يملكون المال باباحته وانما يصير مباحا اذا لم يكن عليه يد لاحد ولا يملكوا العبد والفرض ان هذا المال عليه يد فيمنع الاستيلاء الموجب لاخراجه عن ملك من له فيه ملك قائم واجيب ايضا بان يده ظهرت على نفسه مع المنافى وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فاعتبرناها فى حق نفسه دون المال ودفع بان استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال مباح فينبغى ان يمنع استيلاء الكفار قوله واذا دخل
الحربى دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابى حنيفة وقالا لا يعتق لان الازالة كانت متعينة حال كونه فى دار الاسلام بطريق معين وهو البيع فانه اذا اشترى الكافر عبدا مسلما يجبر على اخراجه عن ملكه بالبيع فان فعل والا باعه القاضى عليه ودفع ثمنه اليه وقد تعذر الجبر عليه فبقى عبدا فى يده ولان الاحراز بدار الحرب سبب لثبوت الملك لهم فيما لم يكن مالكا لهم فانهم اذا اخذوا عبدا مسلما من دار الاسلام ملكوه فاستحال ان يزول ملكه الثابت له قبل الاحراز حالة الاحراز ولابى حنيفة ان الجبر على البيع فى دار الاسلام ما كان الا لوجوب تخليص المسلم عن اذلال الكفر فهو الواجب بالذات اجماعا ووجوب الجبر على البيع ليتوصل اليه غير انه تعين اخراجه بعوض لتعين سببا طريقا مال قيام امانه تحرزا عن الغدر بامانه ولولاه لاعتقناه عليه فاذا زال امانه سقطت

وإن أسلم عبد لحربي ثم خرج إلينا أو ظهر على الدار فهو حر وكذلك إذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار لما روي أن عبيدا من
عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى رسول الله عليه السلام فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغما لمولاه أو بالتحاقه
بمنعة المسلمين إذا ظهر على الدار واعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين لأنها أسبق ثبوتا على نفسه فالحاجة في حقه إلى زيادة توكيد وحقهم ثابت ليدهم فتأكد بالدار

عصمته بالوجود في دار الحرب يجب تخليصه بالإعتاق عليه غير أن إعتاق القاضي قد تعذر لجلوله في دار الحرب إذ لا ينفذ قضاؤه على من في دار الحرب فأقيم شرط زوال العصمة
وهو مضي ثلاث حيض في دار الحرب مقام علة حقيقة وهو إعتاق القاضي كما أقيم مضي ثلاث حيض في دار الحرب مقام تفريق القاضي بعد عرض الإسلام على الآخر وإبائه فيما
إذا أسلمت المرأة في دار الحرب بخلاف ما إذا لم يملكه في دار الإسلام لأن للمولى حق استرداده فلو أعتقناه على الحربي حين أحرزه أبطلنا حق استرداد المسلم إياه
إلى رقه جبرا فكان ذلك مانعا للمقتضي عن عمله وقول المصنف فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب ليس بجيد لأنه إذا أسلم الزوج لا يفرق وعلى هذا الخلاف إذا
أسلم عبد الحربي ولم يهرب إلى دار الإسلام حتى اشتراه مسلم أو ذمي أو حربي في دار الحرب يعتق عنده خلافا لهما لأن العتق في دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص
وقد تم بإزالة قهره إلى المشتري فصار كما لو كان في يده وله أن قهره زال حقيقة بالبيع ولأن إسلامه يوجب إزالة قهره إلا أنه تعذر الخطاب بالإزالة
فأقيم ما له أثر في زوال الملك مقام الإزالة وهو البيع قوله (وإذا أسلم عبد الحربي ثم خرج إلينا أو أسلم لم يخرج حتى ظهر على الدار فهو حر وكذا إذا خرج عبيد إلى عسكر
المسلمين) ولم نعلم فيه خلافا بين أهل العلم لما روى أبو داود مسندا إلى علي رضي الله عنه قال خرج عبدان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل
الصلح فكتب مواليهم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا يا محمد ما خرجوا رغبة في دينك وإنما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم
عليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه فقال هم عتقاء الله وفيه أحاديث قدمناها ومنها إسلام عبيد الطائف ومنهم أبو بكرة وقد نسب
مقدم في كتاب العتق فليرجع إليها وهذا دليل عتقهم إذا خرجوا إلى المسلمين وأما عتقهم إذا ظهرنا على الدار بعد إسلامهم فلأنه لما التحق بمنعة المسلمين صار كأنه خرج إليهم في
امتنع بهم وقوله واعتبار يده إلخ جواب عن مقدر وهو أنه لم يعتق بمجرد إسلامه في دار الحرب اتفاقا وإنما الخلاف فيما إذا عرض للبيع فباعه فقد وردت اليد على
مال مباح لأن الإسلام لا ينافي استرقاقهم أجاب بأن للعبد يدا على نفسه على ما تقدم وإنما لم يظهر لحق المولى المتمكن من الانتفاع ثم هي أسبق من يد المسلمين
وأما في المولى الكافر فيستحق الحكم بالعتق تخليصا للمسلم من إذلال الكافر لأن مجرد أصل اليد لا يكفي ما لم يتأكد إذ لا قدرة بدونه فكانت منعة الغانمين سبب
المؤكدة لما فيعتق بها ولو أسلم العبد ولم يخرج إلينا ولم يظهر على الدار فهو رقيق إلى أن يشتريه مسلم أو ذمي فيعتق قال في شرح الطحاوي لعتقه ولا
ولاء لأحد ولا يثبت ولاء العبد الخارج إلينا مسلما لأحد لأن هذا عتق حكمي وإن لم يخرج إلينا ولم يظهر على الدار لم يعتق إلا إذا عرضه المولى على البيع من مسلم أو كافر
يعتق العبد قبل المشتري العبد أو لم يقبل لأن العبد استحق حق الإعتاق بالإسلام لكنا نحتاج إلى سبب آخر ليزول به ملكه عنه ولما عرضه فقد رضي بزوال ملكه وقيد
المراغمة يحترز به عما لو خرج بإذن مولاه أو بأمره لحاجته فإنه إذا خرج كذلك فأسلم في دارنا حكمه أن يبيعه الإمام ويحفظ ثمنه لمولاه الحربي لأنه لما دخل بأمان صار
رقبته داخلة فيه كما لو دخل سيده به وبما معه من المال فروع ولو جنى عبد جناية خطأ أو أفسد متاعا فلزمه دينه ثم أسره العدو ثم أسلموا عليه فهو لهم لقوله عليه الصلاة والسلام
(من أسلم على مال فهو له) ثم تبطل الجناية دون الدين لأن حق ولي الجناية في الرقبة ولا يبقى بعد زوال ملك المولى حتى لو زال ملكه بالبيع والهبة
لا يبقى فيه حق ولي الجناية وأما الدين ففي ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كما لا يبطل بعتقه ولو اشتراه رجل أو أصابه المسلمون في الغنيمة فأخذه المولى
القديم من الجناية والدين عليه لأنه يعيده إلى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال لأن المستحق به
نفسه فلا يبطل بزوال ملك المولى كما لو أعتقه أو باعه بعد لزوم القصاص ولو وقع العبد المأسور في سهم رجل أو اشتراه فأعتقه قبل أن يحضر المولى
نفذ ولا سبيل عليه للمولى القديم لأنه لم يبق قابلا للنقل من ملك إلى ملك ولأن ولاءه لزم للمعتق على وجه لا سبيل إلى إبطاله ولو كانت أمة فتزوجها
فولدت من الزوج فلا حق للقديم أن يأخذها وولدها لأنها بالولادة من الزوج لم تخرج عن كونها قابلة للنقل والولد جزء من عينها فيثبت له حق

باب المستأمن

وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجراً فلا يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ولا من دمائهم لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستئمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدراً والغدر حرام إلا إذا غدر بهم ملكهم فأخذ أموالهم أو حبسهم أو فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لأنهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الأسير لأنه غير مستأمن فيباح له التعرض وإن أطلقوه طوعاً فإن غدر بهم أعني التاجر فأخذ شيئاً وخرج به ملكه ملكاً محظوراً لورود الاستيلاء على مال مباح إلا أنه حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثاً فيه فيؤمر بالتصدق به وهذا لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بينا

بخلاف حق الواهب في الرجوع لا يثبت في الولد لأنه حق ضعيف في العين ألا ترى أنه لا يبقى بعد تصرف الموهوب له والحق الضعيف لا يعدو محله والولد وإن كان جزءاً ففي المال هو محل آخر بخلاف حق المولى قوي لا يبطل ببيعه وهبته فيسري إلى الولد وليس له فسخ النكاح لأنه يتمكن من الأخذ بلا فسخ والنكاح أهم من سائر التصرفات فلا يتمكن من نقضه ولا سبيل للمولى على ما أخذ من عقرها وأرش جناية عليها ولو لم يزوجها المشتري فلو وطئها قبل أن يأخذ المولى وثبوت حق أخذه لا يمنع وطء المالك ولو أسروا جارية مرهونة بألف وهي قيمتها واشتراها رجل بألف أخذها مولاها الراهن بها ولم يبق رهناً لأنها تاوية في حق المرتهن فهو كالمجدد لملكها ولا يأخذها المرتهن إلا أن يرد على الراهن الألف وإن كان الثمن أقل من الألف كان للمرتهن أن يؤدي ذلك الثمن فتكون رهناً عنده لا دينه ولو أسلم على ما أخذه من مال المسلمين لا سبيل عليه للمالك القديم وكذا إذا صار ذمياً وكذا إذا باعه من حربي آخر ولو خرج إلينا بأمان ومعه المال لا سبيل عليه إلا أنه إذا كان عبداً يجبر على بيعه من المسلمين لأنه عبد مسلم ولا يمكن الحربي من إعادته إلى دار الحرب وإذا أسروا جارية وديعة عند رجل أو عارية أو إجارة فحق الأخذ إذا أخرجت بشراء أو غنيمة لمالكها إلا أن ثبوت حق الاسترداد للمالك لا لليد بخلاف الغاصب من المودع ومن ذكرنا الكل من هؤلاء الاسترداد منه لأن كلاً منهم قائم مقام المالك في حفظه ولم يزل ملك المالك بالغصب بخلاف الإحراز بدار الحرب وإن كانت متزوجة لا يبطل النكاح لأن غاية إحرازها توجب أن يملكها ونقل الملك لا يبطل النكاح كالبيع والتباين القاطع له هو تباين حقيقة وحكماً والمسألة في دار الإسلام حكماً وإن كانت في دار الحرب حقيقة

باب المستأمن

أخره عن الاستيلاء لأن الاستيلاء بالقهر يكون والاستئمان بعد القهر فأورده كذلك وتقديم استئمان المسلم على الكافر ظاهر

قوله وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجراً فلا يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ودمائهم لأنه بالاستئمان ضمن لهم أن لا يتعرض لهم فإخلافه غدر والغدر حرام بالإجماع وفي سنن أبي داود عنه عليه الصلاة والسلام إن الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال هذه غدرة فلان وتقدم قوله عليه الصلاة والسلام لأمراء الجيش والسرايا لا تغلوا ولا تغدروا في وصيته لهم ولهذا قلنا فيما لو اقتتلت طائفتان من أهل الحرب في دارنا وبين كل منهم موادعة ليس لنا أن نشتري من الطائفة الغالبة شيئاً من الأموال التي غنموها لأنهم لم يملكوها لعدم الإحراز بدار الحرب فكان شراؤنا غدراً بخلاف ما لو اقتتلوا في دار الحرب فإنه يحل لنا الشراء والشرط الإحراز بدار الحرب لا بدارهم بخصوصها ولو كانوا اقتتلوا في دار الحرب فأقول يشترط أن يجوز بالغالبين بدارهم إن كانوا لا يدينون أن من قهر آخر في نفسه أو ماله ملكه وإن كانوا يدينون فلا فائدة ولو دخل مسلم دار الحرب بأمان فحارب رجل بابنه أو ابنه أو أم ولده ونحو ذلك ليبيعه منه فأكثر المشايخ على منعه وقال الكرخي إن كانوا يدينون ذلك جاز شراؤه منه والعامة يقولون إن كانوا يدينون أن من قهر آخر ملكه فهؤلاء يعتقون عليه فيتميز وإن أجروا فيمتنع بيعهم ولو جاء بعض أحرارهم قالوا إن كانوا يدينون أن من قهر شخصاً ملك جاز شراؤه منه ولا يخفى أن هذا ليس فيه إحراز بدار الأخرى غير دار المقهور وقوله إلا إذا غدر بهم ملكهم فأخذ أموالهم إلخ استثناء من قوله لا يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ودمائهم وكذا قوله بخلاف الأسير المسلم أيضاً وقد صرح به حيث قال فيباح له التعرض وإن أطلقوه وتركوه في دارهم طوعاً أو اعتقوه لأنه لم يستأمن لهم عتقهم لا عبرة به لأنهم لم يملكوه فله أن يقتل من قدر عليه سيده أو غيره ويأخذ ماله ويملكه ملكاً لا خبث فيه فإن غدر بهم التاجر فأخذ شيئاً وأخرجه إلى دار الإسلام ملكه ملكاً محظوراً لورود الاستيلاء على مال مباح عند عدم الإحراز إلا أنه بسبب محرم فأورث خبثاً فيه فيجب التصدق به كملك المغصوب عند الضمان وإنما يملك مع حرمته مباشرة بسبب الملك

وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج إلينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم ذلك في المستقبل وأما الغصب فلأنه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام وأما الغصب فلما بينا أنه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه وأما الأمر بالرد ومراده الفتوى به فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد

لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد سبب الملك كما في البيع الفاسد وقوله على ما بينا ويريد ما تقدم من قول المحظور لغيره إذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ وسبيل ما يملك بطريق محرم التصدق به حتى لو كان المأخوذ غدرا جارية لا يحل له وطؤها ولا للمشتري منه بخلاف المشتراة شراء فاسدا فإن حرمة وطئها على المشتري خاصة ويحل للمشتري منه لأن المنع فيه لثبوت حق البائع في الاسترداد وبيع المشتري يقطع حقه ذلك لأنه باع بيعا صحيحا فلم يثبت له حق الاسترداد وهنا الكراهة للغدر وبالمشتري الثاني كالأول فيه لو سبا قوم أهل الدار التي هو فيها جاز أن يشتري منهم من السبايا لأنهم ملكوها بالإحراز وكانوا على أصل الإباحة في حقه وإنما منعه الغدر وليس ذلك غدرا **فرع نفيس في المبسوط** لو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الدار التي فيهم المسلم المستأمن لا يحل له قتال هؤلاء الكفار إلا إن خاف على نفسه لأن القتال لما كان تعريضا لنفسه على الهلاك لا يحل إلا لذلك أو لإعلاء كلمة الله وهو إذا لم يخف على نفسه ليس قتاله لهؤلاء إلا إعلاء للكفر ولو أغار أهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستأمنون على طائفة من المسلمين فأسروا ذراريهم فمروا بهم على أولئك المستأمنين وجب عليهم أن ينقضوا عهودهم ويقاتلوهم إذا كانوا يقدرون عليه لأنهم لا يملكون رقابهم فتقريرهم في أيديهم تقرير على الظلم ولم يضمنوا ذلك لهم بخلاف الأموال لأنهم ملكوها بالإحراز وقد ضمنوا لهم أن لا يتعرضوا لأموالهم وكذا لو كان المأخوذون ذراري الخوارج لأنهم مسلمون **ومن فروعه** لو تزوج في دار الحرب ثم أخرجها إلى دار الإسلام قهرا فينفسخ النكاح ويصح بيعه فيها وإن طاوعته فخرجت طوعا فسد لا يصح بيعها لأنه لم يملكها وعلم أنهم أخذوا في تصويرها ما إذا أضمر في نفسه أنه يخرجها ليبيعها ولا يذمنه فإنه لو أخرجها كرها لا لهذا الغرض بل لاعتقاده أن له أن يذهب بزوجته حيث شاء إذا أوفاها معجل مهرها ينبغي أن لا يملكها **قوله** فإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه مالا ثم خرج المسلم إلينا واستأمن الحربي فخرج إلينا مستأمنا لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة على واحد منهما ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم أحكام الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم في المستقبل ولكن يفتى بأنه يجب عليه القضاء فيما بينه وبين الله تعالى وهذا قاصر كما ترى لا يشمل وجه عدم القضاء على المسلم ولذا قال أبو يوسف رح يقضي على المسلم عادم القضاء كما في الهداية قول أبي حنيفة ومحمد رح واستشكل قولهما بأن المسلم ملتزم أحكام الإسلام مطلقا وصار كما لو خرجا مسلمين وكون أبي حنيفة اعتبر ديانة كل منهما عند القضاء هو أيضا مما يحتاج إلى موجب وأجاب في الكافي بأن ذلك للتسوية بين الخصمين ولا يخفى ضعفه فإن وجوب التسوية بينهما ليس في أن يبطل حق أحدهما بلا موجب لوجوب إبطال حق الآخر بموجب بل إنما ذلك في الإقبال والإقامة والإجلاس ونحو ذلك والإدانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين وأما أنه لا يقضى بالغصب لكل منهما فلأنه صار ملكا للذي غصبه سواء كان الغاصب كافرا في دار الحرب أو مسلما مستأمنا على ما بينا أي في باب استيلاء الكفار من أن الاستيلاء ورد على مال مباح لأن تعرض كل منهما خرج إلى دار الإسلام في غصب المسلم إذا دخل أحد وأثار مغيرين دار الحرب الخ إلا أن المسلم المستأمن الغاصب لمال الحربي يؤمر بالرد إفتاء لا قضاء ليرتفع معصية الغدر وفي كلام المصنف إشارة إليه كما ترى وكذا لو كانا حربيين فعلا ذلك أي أدان أحدهما صاحبه أو غصبه ثم خرجا إلينا مستأمنين لما قلنا فإن خرجا مسلمين وقد أدان أحدهما الآخر أو غصبه يقضى بالدين بينهما خاصة دون الغصب أما القضاء بالمداينة أي بالدين فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما بأحكام الإسلام ولا ترجيح لأحدهما على

وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه أما عدم القضاء فلما بيناه أنه ملكه وأما الأمر بالرد فمراده الفتوى به لأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ أما الكفارة فلإطلاق الكتاب والدية لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان وإنما لا يجب القصاص لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعة ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وإنما تجب الدية في ماله لأن العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لأنه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وإن كانا أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجر أسيرا فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولأبي حنيفة رحمه الله أن بالأسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في أيديهم ولهذا يصير مقيما بإقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الإحراز أصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا وخص الخطأ بالكفارة لأنه لا كفارة في العمد عندنا

الآخر إذا لم يقض لأحدهما دون الآخر بل سوينا بينهما على قول أبي يوسف لا يحتاج إلى هذه المسألة إذ يقضي للحربي على المسلم على قوله كما ذكرنا آنفا وأما الغصب فإنما لا يقضي به لأنه ملكه ولا خبث في مال الحربي ليؤمر بالرد وفيه إشارة إلى ما قدمنا ذكرها (قوله وإذا دخل المسلم فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين إلى آخره) عرف أحكامها مما تقدم (قوله وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل عمدا الدية في ماله ولا كفارة عليه وعلى القاتل خطأ الدية في ماله أيضا وعليه الكفارة) هكذا في عامة النسخ من شروح الجامع الصغير بلا ذكر خلاف وذكر قاضيخان في الجامع الصغير أن هذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد عليه القصاص في العمد كقول الشافعي ومالك وأحمد لأنه قتل شخصا معصوما بالإسلام عدوانا وذلك موجب القصاص وكونه في دار الحرب لا أثر له في سقوط ذلك عند الله تعالى ولأبي حنيفة أنه مكثر سوادهم من وجه ولو كثره من كل وجه بأن كان متوطنا هناك لا يكون معصوما فإذا كان مكثرا من وجه تمكنت الشبهة في قيام العصمة فلا يجب القصاص فذكر شمس الأئمة القصاص في العمد عن أبي يوسف من رواية الإملاء لأن المسلم حيث كان هو من أهل دار الإسلام لا ينتقض إحرازه نفسه بذلك والقصاص حق للولي ينفرد باستيفائه من غير حاجة إلى ولاية الإمام ووجه الظاهر يندرج فيما سنذكر (قال المصنف أما الكفارة) يعني في الخطأ (فلإطلاق الكتاب) يعني قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة (ووجوب الدية لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول إلى دار الحرب بالأمان وإنما لا يجب القصاص في العمد لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بالمنعة ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب) فلا فائدة في الوجوب وإذا سقط القصاص وجبت الدية لأنه لسقوطه بعارض مقارن للقتل ينقلب كقتل الرجل ابنه ولا يخفى أن المراد أنه ليس على الإمام إقامته إذا طلب الولي تمكينه منه ولا يحل لولي المقتول قتل القاتل إذا قدر عليه لأن القتل لم ينعقد سببا موجبا للقصاص وهو مشكل لأن كون الولاية قاصرة وقت السبب لا تمنع من القضاء عند المطالبة إذا كانت ثابتة عنده كما لو رفع إلى قاض يطالب بثمن مبيع صدر البيع فيه قبل ولاية القاضي فإن ولايته منعدمة حين السبب وعليه أن يقضي بالثمن عند المرافعة لأن العصمة المؤثمة بالإسلام قائمة والقتل العمد العدوان ثابت وهو السبب والمانع وهو استيفاء الإمام منتف لما ذكر عن أبي يوسف أن الإماتة ينفرد بها الولي فمنعه منه خلاف الدليل فالأقرب ما تقدم من ثبوت الشبهة المسقطة للقصاص بتكثير سوادهم من وجه على ما فيه إذ يمنع كون ذلك الشبهة توجب السقوط أو أن دار الحرب دار إباحة فأكون فيها شبهة دارئة وقد يقال إن قلتم دار إباحة للقتل مطلقا فممنوع أو قتل الكافر فيه ولا يفيد ويجاب بأن كونها دار إباحة في الجملة كاف ألا ترى أن من قتل رجلا قال له اقتلني لا قصاص عليه من أن إباحة الشرع قتله لم تحصل بقوله ذلك بل إباحته من جهته وقد جعل ذلك مانعا إلا أن نمنع عدم القصاص في قوله اقتلني فإن قيل ما ذكرتم يخالف لإطلاق قوله تعالى كتب عليكم القصاص والنفس بالنفس فالجواب أنه عام مخصوص بالقتل خطأ فإنه قتل وليس فيه قصاص ونحو ذلك فجاز تخصيصه بالمعنى أيضا (قال وإنما تجب الدية في ماله في العمد لأن العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ) إنما يجب أيضا في ماله لأن وجوبها على العاقلة لتركهم وتقصيرهم في حفظ القاتل ومنعه في ذلك ولا تقصير منهم في ذلك إذا كان في دار الحرب (قوله وإن كان المسلمان أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجر أسيرا فلا شيء على القاتل من أحكام الدنيا إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة رحمه الله) وإنما عليه عقاب الآخرة في العمد (وقالا في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر كما لا تبطل بالاستئمان على ما بيناه) يعني من قوله لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان فكان الأسيران كالمستأمنين وأما امتناع القصاص

فصل قال: اذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او الجزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فيكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين واذا اقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين

للزوم المنعة كما ذكرنا وتجب الدية في ماله لما قلنا ان العواقل لا تعقل العمد وهذا وقياس ما نقل قاضيخان عنهما في المسلمين المستأمنين من وجوب القصاص في العمد ان يقولا به في الاسيرين لان الوجه يعمهما ولابي حنيفة وهو الفرق بين الاسيرين والمستأمنين ان بالاسر صار تبعا لهم بصيرورته مقهورا في ايديهم حتى يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا لان الاصل غير معصوم فكذا تبعه وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا في سقوط عصمته الدنيوية بجامع كون كل منهما مقهورا في ايديهم وانما خص الكفارة بالخطا لانه لا كفارة في العمد عندنا كما يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى هذا والاقرب ان يجري فيهما حديث الشبهة كما تقدم على ما فيه

فصل قوله واذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ثم يرجع بل يقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية واصل هذا ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او الجزية لانه يصير عينا لهم اي جاسوسا وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وهو ما يجلب من حيوان وغيره ففصلنا بين الدائمة واليسيرة بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فان رجع قبلها فلا سبيل عليه وان اقامها بعد تقدم الامام اليه اي قوله له ما يعتمد في ضرب الجزية عليه صار ذميا فلا يمكن بعد ذلك من العود الى داره لان عقد الذمة لا ينقض اذ فيه قطع الجزية وتصيير ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين ولا يأخذ منه جزية للسنة التي اقامها الا ان قال له ان اقمتها اخذت منك الجزية وقوله بعد تقدم الامام يفيد اشتراط تقدم الامام اليه في منعه من العود اذا اقام سنة وبه صرح العتابي فقال لو اقام سنين من غير ان يتقدم اليه الامام فله الرجوع قاله صاحب الدراية وعبارة صاحب المبسوط من غير اختصار على ما فيه وينبغي للامام ان يتقدم اليه فيامره بالخروج الى داره على سبيل الاعذار والانذار وفي التقدم اليه ان يبين مدة فقال ان خرجت الى وقت كذا والا جعلتك ذميا فان خرج يتركه ليذهب وان لم يخرج لم يمكنه من الخروج بعد ذلك وجعله ذميا وان لم يقدر مدة فالمعتبر الحول فبعد الحول لا يمكنه من الخروج فتعقبه الشيخ المحقق الشارح بان ذلك ليس بلازم للفظه لان المظنون دلالته على ذلك انما هو قوله وان لم يقدر مدة فالمعتبر الحول ولا يخفى ان ليس المراد به عدم التقدير اصلا لا بمدة معينة ولا مبهمة ولفظ المبسوط يدل على ان تقدم الامام ليس شرطا لصيرورته ذميا فانه قال وينبغي للامام ان يتقدم اليه فيامره الى ان قال وان لم يقدر مدة فالمعتبر الحول وليس بلازم لانه يصدق بقوله ان اقمت طويلا منعتك من العود فان اقام سنة منعه وفي هذا اشتراط التقدم غير انه لم يوقت له مدة خاصة والوجه ان لا يمنعه حتى يتقدم اليه والا ان يوقت مدة قليلة كالشهر والشهرين ولا ينبغي ان يلحقه عسر بتقصير المدة جدا خصوصا اذا كان له معاملات يحتاج في اقتضائها الى مدة مديدة فروع لو مات المستأمن في دار الاسلام عن مال وورثته في دار الحرب وقف ماله لورثته فاذا قدموا فلا بد ان يقيموا البينة على ذلك فياخذوا فان اقاموا بينة من اهل الذمة قبلت استحسانا لانهم لا يمكنهم اقامتها من المسلمين لان انسابهم في دار الحرب لا يعرفها المسلمون فصار كشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فاذا قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم دفع اليهم المال واخذ منهم كفيلا لا يظهر في المال من ذلك قيل هو قولهما لا قول ابي حنيفة كما في المسلمين وقيل بل قول الكل وجميعا ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت انه كتابه او رجع الى دار الحرب لا يمكن ان يرجع معه بسلاح اشتراه من دار الاسلام بل الذي دخل به فان باع سيفه واشترى به قوسا ونحوه لا يمكن منه وكذا لو اشترى سيفا احسن منه فان كان مثله او دونه يمكن رجل وجد في دارنا بلا امان فقال دخلت بامان لم يصدق ويؤخذ ولو قال انا رسول فان وجد معه كتاب يعرف انه كتاب ملكهم بعلامة يعرف ذلك كان امنا فان الرسول لا يحتاج الى امان خاص بل كونه رسولا يكفي وان لم يعرف فهو فيء ويكون جميع ما معه فيئا واذا دخل دار الاسلام بلا امان فاخذه واحد من المسلمين لا يختص به عند ابي حنيفة بل يكون

فإن دخل الحربي دارنا بأمان واشترى أرض خراج فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لأن خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس فإذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا أما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لأنه قد يشتريها للتجارة وإذا لزمه خراج الأرض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لأنه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تنصيص على شرط الوضع فيتخرج عليه أحكام جمة فلا يغفل عنه وإذا دخلت حربية بأمان فتزوجت ذميا صارت ذمية لأنها التزمت المقام تبعا للزوج وإذا دخل حربي بأمان فتزوج ذمية لم يصر ذميا لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع إلى بلده فلم يكن ملتزما المقام ولو أن حربيا دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لأنه أبطل أمانه وما في دار الإسلام من ماله على خطر فإن أسر أو ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا أما الوديعة فلأنها في يده تقديرا لأن يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه وأما الدين فلأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة فيختص به فيسقط وإن قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك إذا مات لأن نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لأن حكم الأمان باق في ماله فيرد عليه أو على ورثته من بعده قال وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الأراضي التي أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي أنه عليه السلام أخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ ووضع في بيت المال ولم يخمس ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لأنه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لإيجاب الخمس

فيا لجماعة المسلمين وهو رواية بشر عن ابي يوسف وظاهر قول ابي يوسف وهو قول محمد يختص به ولو دخل الحرم قبل ان يؤخذ فعند ابي حنيفة يؤخذ ويوضع
فيئا للمسلمين وعلى قولهما لا ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى حتى يخرج قوله فان دخل الحربي دارنا بامان واشترى ارض خراج فاذا وضع
عليه الخراج صار ذميا وكذا لو اشترى عشرية فانها تستمر عشرية على قول محمد فانها وظيفة مستمرة وعلى قول ابي حنيفة تصير خراجية فتؤخذ منه
جزية سنة مستقبلة من وقت وضع الخراج وتثبت احكام الذمي في حقه من منع الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم
وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره اذا اتلفه ووجوب الدية عليه اذا قتله خطأ ووجوب كف الاذى عنه فتحرم غيبته كما تحرم غيبة المسلم فضلا عما
يفعله السفهاء من صفعه وشتمه في الاسواق ظلما وعدوانا وهذه الاحكام الجمة التي نبه عليها المصنف والجم الكثير والمراد بوضع الخراج الزامه له
واخذه منه عند حلول وقته وهو مذ باشر السبب وهو زراعتها او تعطيلها مع التمكن منها اذا كانت في ملكه او زراعتها بالاجارة وهي في ملك غيره
اذا كان خراج مقاسمة فانه يؤخذ منه لا من المالك فيصير به ذميا بخلاف ما لو كانت الارض التي استأجرها خراجها على مالكها فانه لا يصير ذميا
اذا حل وقت الاخذ بعدم الاخذ منه وكذا اذا اخذ منه العشر على قول محمد ولا يظن بوضع الامام وتوظيفه ان يقول وظفت على هذه الارض
الخراج ونحوه لان الامام قط لا يقول في كل قطعة ارض كذلك بل الخراج من حين استقر وظيفة الاراضي المعلومة استمر على كل من صارت
اليه نعم لا يصير ذميا بمجرد شرائها كما قيل لانه به التزمه لانه غير لازم لجواز انه اشتراها للتجارة ولا يحكم بالذمة عليه بمجرده حتى يزول بذا الاحتمال
باستمرارها في يده حتى يؤخذ منه الخراج بتعطيلها او زراعتها قوله واذا دخلت حربية دارنا بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية ففي تزوجها
مسلما اولى وعكسه ما لو دخل حربي فتزوج ذمية لا يصير ذميا كما قال به الائمة الثلاثة في الحربية ايضا قياسا على الرجل ونحن بينا الفرق
بان تزوجه ليس دلالة التزامه المقام فان في يده طلاقها والمضي عنها بخلافها فحين اقدمت عليه كانت ملتزمة ما يأتي منه ومنه عدم الطلاق
ومنعها من الخروج الى دارها فتصير ذمية فيوضع الخراج على ارضها ونحو ذلك قوله ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك
وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود وما في دار الاسلام من ماله ما دام حيا وان مات فهو لورثته وكذا اذا قتل من غير
ان يظهر على دارهم كما اذا مات في دار الاسلام مشمول بامانها ما دام في دارنا وبه قال الشافعي واحمد فان قيل ينبغي ان يصير فيئا كما اذا اسلم الحربي
في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دارهم يكون فيئا لا تكون يد المودع كيده في دار الاسلام اجيب بالفرق بان ما في دار الحرب
معصوم من وجه لا من كل وجه فان دار الحرب دار اباحة لا عصمة فلا يصير معصوما بالشك بخلاف ما في دار الاسلام يثبت في كل وجه فيبقى الى ان يثبت
المزيل وهو ان يصير نفسه مغنوما وذلك بان يؤسر او يظهر على داره فيقتل فحينئذ تصير الوديعة فيئا لعامة المسلمين توضع في بيت المال لانها في يده
تقديرا فاذا غنم غنمت بخلاف ماله من الوديعة في دار الحرب عند المسلم لانها ليست في يده كذلك بل من وجه كما ذكرنا ثم هذا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
انها يختص بها المودع لما ذكره المصنف في الدين واما الدين فيسقط عمن في ذمته لان ثبوت يده عليه يتحقق اذ قد صار ملكا للمديون وانما هي ثابتة باعتبار
ثبوت حق المطالبة وقد سقطت باسترقاقه فيسقط الدين اذا حققت هذا ظهر لك ان اختصاص المديون به ضروري غير محتاج الى تعليله بان سبقت يده
اليه قوله وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال اي ما اجلوا عليه خيلهم وركابهم في تحصيله بلا قتال والوجف والوجيف ضرب من سير الابل والخيل ويقال
وجف البعير وجفا ووجيفا واوجفته اذا حملته على الوجيف يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج وكذا الجزية في عمارة القناطر والجسور وسد الثغور وكري الانهار العظام

وإذا دخل الحربي دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذمياً وبعضه حربياً وبعضه مسلماً فأسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء أما المرأة والأولاد الكبار فظاهر لأنهم حربيون كبار وليسوا بأتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملاً لما قلنا من قبل وأما الأولاد الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلماً تبعاً لإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئاً وغنيمة وإن أسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعاً لأبيهم لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم إذ الدار واحدة وما كان من مال أودعه مسلماً أو ذمياً فهو له لأنه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء أما المرأة والأولاد الكبار فلما قلنا وأما المال الذي في يد الحربي فلأنه لم يصر معصوماً لأن يد الحربي ليست يداً محترمة وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمداً أو خطأ وله ورثة مسلمون هنالك فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لأنه أراق دماً معصوماً لوجود العاصم وهو الإسلام لكونه مستجلباً للكرامة وهذا لأن العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها وهي ثابتة إجماعاً والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفاً فيه فيتعلق بما تعلق به الأصل ولنا قوله تعالى فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة جعل التحرير كل الموجب رجوعاً إلى حرف الفاء أو إلى كونه كل المذكور فينتفي غيره ولأن العصمة المؤثمة بالآدمية لأن الآدمي خلق متحملاً أعباء التكليف والقيام بها بحرمة التعرض والأموال تابعة لها أما المقومة فالأصل فيها الأموال لأن التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الأموال دون النفوس لأن من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الأموال بالإحراز بالدار لأن العزة بالمنعة فكذلك في النفوس إلا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة لما أنه أوجب إبطالها والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم حكماً لقصدهما الانتقال إليها

التي لا ملك لأحد فيها كسيحون والفرات ودجلة وإلى أرزاق القضاة والمحتسبين والمعلمين والمقاتلة وحفظ الطريق من اللصوص فلا تخمس به ولا شيء منها
قال أبو عبيد الأراضي التي أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي رحمه الله فيها وفي بعض النسخ فيهما أي الأرض والجزية والخراج الذي تقدم
ذكره في قوله كما يصرف الخراج ويقال أجلى السلطان القوم وجلاهم يتعدى بلا همزة أي أخرجهم فجلوا أي خرجوا وأجلى القوم أيضاً خرجوا فكل من
الهمزة وبدونها يتعدى ولا يتعدى ومذهب الشافعي أن كل مال أخذ من الكفار بلا قتال عن خوف أو أخذ منهم للكف عنهم يخمس وما أخذ من غير خوف كالجزية
وعشر التجارة ومال من مات ولا وارث له ففي القديم لا يخمس وهو قول مالك وفي الجديد يخمس وللأصحاب في الفيء روايتان الظاهر منهما لا تخميس ثم ما
الخمس عند الشافعي يصرف إلى ما يصرف إليه خمس الغنيمة وعنده على ما عرف وذكروا أن قوله في الجزية خالف الإجماع قال الكرخي ما قال به أحد قبله ولا بعده ولا في عصره
وجه قول الباقين على الغنيمة تمامه قال مأخوذ من الكفار عن قوة من المسلمين واستدل المصنف بعمله عليه الصلاة والسلام فإنه أخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران
وفرض الجزية على أهل اليمن على كل حالم ديناراً ولم ينقل قط من ذلك أنه خمس بل كان لجماعة المسلمين ولو كان لنقل ولو بطريق ضعيف على ما عرفت
من العادة ومخالفة ما قضت به العادة باطل ونقل عنه خلافه وإن كان فيه ضعف أخرجه أبو داود عن ابن ... الكندي أن عمر بن عبد العزيز كتب
إلى من سأله عن مواضع الفيء أنه ما حكم به عمر بن الخطاب فرآه المؤمنون عدلاً موافقاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه
فرض الأعطية وعقد لأهل الأديان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب فيها بخمس ولا مغنم وأما ما في الصحيح عن عمر كانت أموال بني النضير مما أفاء الله
على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة ينفق على أهله نفقة سنة ثم ما بقي جعله في الكراع والسلاح
عدة في سبيل الله ومعناه أن التصرف فيها كان إليه كيف شاء بل يؤيد ما ذكرنا فإن مصالح بيت المال إذ ذاك لم يكن أكثر من نفقة الأئمة وآلات الحرب
من الكراع والسلاح وهو نفقته عليه الصلاة والسلام إذ لم يكن إذ ذاك قضاة ولا جسور ولا قناطر وأما نفقة الفقراء المهاجرين فحين تقطع ... كان ليفعل ما تحققت
له قدرة عليه أما القياس ففي تقرير المصنف وهو قوله مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لأنه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس معنى
استحق الباقي الغانمون بمعنى ... وهو ما ذكرنا من الرعب الخالي عن القتال فلم يكن بالغانمين مستحقون بجهتين بل استحقاقه بجهة واحدة قوله وإذا دخل الحربي
دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذمياً وبعضه حربياً وبعضه مسلماً فأسلم ههنا أي في دار الإسلام ثم ظهر على البلد المنقول عنه
فذلك كله فيء أما المرأة والأولاد الكبار فلأنهم حربيون وليسوا بأتباع الذي خرج لأنهم كبار وكذا ما في بطنها لو كانت حاملاً يكون فيئاً وهو قوله لما قلنا في باب قسمة الغنائم
من أنه جزء منها وأما الأولاد الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلماً تبعاً بإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا
أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه بالإسلام لاختلاف الدارين فيبقى الكل فيئاً فأما إذا أسلم في دار الحرب ثم جاء إلينا فظهر على الدار وباقي الصورة
بحالها فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعاً لأبيهم لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم ولو كان في بلدة أخرى غير البلدة التي هم فيها إذ الدار واحدة وما كان له
من مال أودعه مسلماً أو ذمياً فهو سالم له لأنه في يد محترمة ويده كيده لأنه نائب عنه في الحفظ بخلاف ما لو كان في يدهما غصباً فإنه يكون فيئاً لعدم النيابة وعند
أبي يوسف ومحمد يجب أن لا يكون فيئاً إلا ما كان من غصب عند حربي وهو قول الأئمة الثلاثة وتقدمت المسألتان مع تخريجهما في باب الغنائم
مستوفى قوله وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمداً أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك لاستيفاء القصاص والدية فلا شيء على القاتل إلا الكفارة
في الخطأ وقال الشافعي تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد وهو قول مالك وأحمد لأنه أراق دماً معصوماً بالإسلام لكون الإسلام مستجلباً للكرامة وهذا

ومن قتل مسلماً خطأ لا ولي له او قتل حربياً دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفساً معصومة خطأ فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له وان كان عمداً فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد وهو القود عيناً وهذا لان الدية انفع في هذه المسألة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال فليس له ان يعفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

لان العصمة اسلما العصمة الذاتية لحصول الزجر بها اي بالعصمة ولو قال به اي بالاثم كان احسن والعصمة المقومة كمال فيه اي في اصل العصمة لكمال الامتناع به اي بالتقوم عن المنتهك لها فتتعلق هذه العصمة بما تعلق به الاصل اعني المؤثمة وقال صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم فتنصرف العصمة الى كمالها وذلك بالمقومة والمؤثمة ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة فانه في القتل الخطأ ولم يسكت على منع القصاص في العمد لكنا نبين ما ذكره في المسألة من دلالة الآية لانه تعالى اخذ في تفاصيل موجبات القتل الخطأ فقال سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا فاوجب الدية والكفارة ثم قال فان كان اي المقتول من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة واقتصر عليه فعرف انه تمام الموجب لانه مفيض في بيان حكم قتل المسلم الكائن من قوم عدو لنا فقال موجبه كذا ولم يزد عليه فكان كل الموجب والا لم يكن بياناً للموجب بل لبعض موجبه وذا والمصرح بما آخر قدمه على هذا الوجه وهو قوله رجوعاً الى حرف الفاء وقربان الفاء للجزاء والجزاء هو الكافي فقال جزاء لان اي كافياً وهو سهو لان لفظ الجزاء المحمول معنى الفاء لفظ اصطلاحي اي جعلي لا ان اللغة وضعت لفظ الفاء لمعنى لفظ الجزاء حتى يقال الجزاء الذي هو معنى الفاء الكافي بل المراد بقول النحاة الفاء للجزاء اي دالة على ان ما بعدها مسبب عما قبلها فسمي المسبب جزاء اصطلاحاً لا لغة فليتامل ولان العصمة المؤثمة في الاصل بالآدمية لا بوصف الاسلام لانه خلق متحملاً اعباء التكليف والقيام بها لا يمكن الا مع حرمة التعرض له وانما تعارض الكفر فاذا انتفى عادت بخلاف الاموال لانها بحسب الاصل مباحة لانها خلقت للانتفاع بها والعصمة المقومة بالعكس فالاصول هي الاصل فيها لا النفوس لان التقوم يؤذن بجبر الغائب ومن شرطه التماثل وهو في المال لا النفوس وكانت النفوس تابعة في العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة وكذا في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفر فاوجب بطلانها فان قيل لو صح ما ذكر ثم لزم في المرتد والمستأمن اذا قتل في دار الاسلام اجيب بانهما من اهل الحرب حكماً لقصد الانتقال اليها فلم يجب شيء واما قوله صلى الله عليه وسلم عصموا مني دماءهم فنقول لا شك في ثبوت العصمة شرعاً ولا يستلزم كمالها الا بدليل ولو سلمنا فقد قال عليه الصلوة والسلام الا بحقه ومن حقه ان يكونوا في دارنا لا يكثرون سواد العدو الا ان هذا لا ينتهض في الاسير المسلم قوله ومن قتل مسلماً خطأ لا ولي له او قتل حربياً دخل دار الاسلام بامان فاسلم ثم قتله خطأ فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفساً معصومة بالاسلام والدار خطأ ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له بالفرض لان المأخوذ لا يملكه بل يوضع في بيت المال وان كان قتل المسلم الذي لا وارث له والمستأمن الذي اسلم ولم يسلم معه وارث قصداً ولا تبعاً بان لم يكن معه ولد صغير دخل به الينا عمداً فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية منه بطريق الصلح لا الجبر لان موجب العمد عندنا القصاص عيناً الا ان يتصالحوا على الدية وانما كان للسلطان ذلك لانه هو ولي المقتول قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقد قدمنا الكلام على هذا الحديث في باب الاولياء والاكفاء من هذا الكتاب فارجع اليه والدية وان كانت انفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود اليهم من قتله منفعة اخرى هو ان ينزجر امثاله عن قتل المسلمين فيجري بما هو انفع في رأيه وبما ذكرنا ظهر ان الاولى ان يقول وهذا لان الدية قد تكون انفع والا كان يتعين الصلح منه عليها واما ان يعفو فليس له ذلك لان ولايته على العامة نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض ولو كان المقتول لقيطاً فقتله الملتقط او غيره خطأ فلا اشكال في وجوب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه ولو كان القتل عمداً فان شاء الامام قتله وان شاء صالحه على الدية كالتي قبلها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عليه الدية في ماله ولا اقتله لانه لا يخلو عن ولي كالاب ونحوه الا انه لا يعرف ولو كان الامام ان كان ابن زنا فاشتبه من له القصاص فلا يستوفي

باب العشر والخراج

قال أرض العرب كلها أرض عشر وهي ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حد الشام والسواد أرض خراج وهو ما بين العذيب إلى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث إلى عبادان لأن النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب ولأنه بمنزلة الفيء فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لأن وضع الخراج من شرطه أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام قال وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لأن الإمام إذا فتح أرضا عنوة له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج فتبقى الأرض مملوكة لأهلها وقد قدمناه من قبل قال وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي أرض عشر لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج وكل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج وكذا إذا صالحهم لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به ومكة مخصوصة من هذا فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم فتحها عنوة وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج

كالمكاتب الذي قتل قبل أداء الكتابة وترك وفاء ولها إسلام يعلم هو لي ولا هو في حلفته واحتمال كونه له في نفس الأمر لا يفيد إذ لا ينتفع به فكان وجوده وعدمه في نفس الأمر سواء لأنه لا يقدر على الانتفاع فيستوفى

باب العشر والخراج لما ذكر ما يصير به المستأمن ذميا ذكر ما يتوجه من الوظائف المالية إذا صار ذميا وذلك هو الخراج في أرضه ورأسه وفي بعضها كثرة وأورده ههنا بيان ما بين وقدم خراج الأرض لأن الكلام فيه كان يقرب فقرب ثم ذكر العشر فيه أيضا تتميما لوظيفة الأرض لأنهما أشبه في الخراج والعشر جميعا وقدم ذكر العشر لأن فيه معنى العبادة والعشر لغة واحد من العشرة والخراج ما يخرج من نماء الأرض أو نماء الغلام وسمي به ما يأخذه السلطان من وظيفة الأرض والرأس وحد الأراضي العشرية والخراجية أولا لأنه أضبط فقال أرض العرب كلها عشرية وهو ما بين العذيب وهو ماء لبني تميم وذكر ضمير الأرض باعتبار حيزه هو لفظ ما في قوله ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن وفي بعض النسخ وهو على الظاهر صخر بصيغة الجمع وإنما اختاره لأن أبا يوسف قال حد أرض العرب ما وراء حدود الكوفة إلى أقصى صخر باليمن فعرف أنه حجر بالفتح والمراد إلى آخر جزء من أجزاء اليمن وهو آخر حجر منها ومهرة في آخر موضع من اليمن وقوله من أول عذيب القادسية إلى آخر حجر يوجب أن ذلك أول ما وراء أرض الكوفة ثم لولا وعرضها من رمل يبرين إلى الدهناء ويعرف برمل عالج إلى مشارف الشام أي قربها وقد يعبر منقطع السماوة قال الكرخي هي أرض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية والحجاز هو جزيرة العرب سمي جزيرة لأن بحر الحبشة وبحر فارس والفرات أحاطت بها وسمي حجازا لأنه حجز بين تهامة ونجد والسواد أي سواد العراق أي أرضه سمي به لكثرة اخضراره وحده من العذيب إلى عقبة حلوان عرضا ومن العلث إلى عبادان طولا ويقال من الثعلبية إلى عبادان قيل هو غلط لأن الثعلبية بعد العذيب بكثير إذا عرف هذا فأرض العرب كلها عشرية لأنه عليه السلام والخلفاء الراشدين بعده لم يأخذوا الخراج من أرض العرب ولو فعلوه لنقلت العادة بنقله ولو بطريق ضعيف فلما لم ينقل دل قضاء العادة على أنه لم يقع ولأن شرط الخراج أن يقر أهلها عليها على كفرهم كما في سواد العراق والعرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف ولأنه كما لا رق على العرب فكذا لا خراج على أرضهم وسواد العراق المحدود المذكور خراجي لأن عمر رضي الله عنه وضع عليه الخراج بمحضر من الصحابة وهو أشهر من أن ينقل فيه تبيين وإنما يحتاج إلى ذلك في تقدير الموضوع وقوله ووضع على مصر أسند الواقدي إلى شيخه من أهل مصر أن عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة واستباح ما فيها وعزل منه مغانم المسلمين ثم صالحهم بعد على وضع الجزية على رؤوسهم والخراج على أرضهم ثم كتب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك وأسند أيضا إلى عمرو بن الحارث قال كان عمرو بن العاص يبعث بجزية أهل مصر وخراجها إلى عمر رضي الله عنه كل سنة بعد حبس ما يحتاج إليه ولقد استبطأه عمر في الخراج سنة فكتب بكتاب يلومه فيه ويشدد عليه وهذا يخالف ما ذكره بعض الشارحين من أن مصر فتحت صلحا وأرضها عنوة على يدي عمرو بن العاص وأما وضع الخراج على أراضي الشام فمعروف قيل ومدينة الشام فتحت صلحا وأرضها عنوة على يدي يزيد بن أبي سفيان وشرحبيل بن حسنة وأبي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد وفتحت أجنادين صلحا في خلافة أبي بكر رضي الله عنه وفي دالها الفتح في المشهور والكسر قوله وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم وتصرفهم فيها بالرهن والهبة لأن الإمام إذا فتح أرضا عنوة له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها الخراج وعلى رؤوسهم الجزية فتبقى الأرض مملوكة لأهلها وقد قدمناه من قبل في باب قسمة الغنائم ومذهب مالك والشافعي وأحمد أنها موقوفة على المسلمين فلا يجوز لأهلها هذه التصرفات قوله وكل أرض أسلم أهلها عليها أي أحرزوا أملاكهم فيها أو فتحت عنوة وقسمها بين الغانمين فهي عشرية لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لأن فيه معنى العبادة ولأنه أخف حيث

وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج **قال** ومن احيا ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف رح معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة رض لان حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز اخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة رض وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال محمد رح ان احياها ببئر حفرها او بعين استخرجها او ماء دجلة والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا ان احياها بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو سبب النماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه

يتعلق الواجب بنفس الخارج فلا يؤخذ ما لم يكن خارجا فهو اليق بالمسلم وكل ارض فتحت عنوة واقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به لان فيه معنى العقوبة للتعلق بالتمكن من الزراعة وان لم يزرع وفيه نظر نذكره في آخر الفصل ان شاء الله تعالى ومكة مخصوصة من هذا العموم فانها فتحت عنوة على ما اسلفنا في باب الغنائم وقسمتها بما لا يشك معه انها فتحت عنوة ولم يوظف عليها خراجا ولنخص هذا المكان بحديث زيادة على ما في باب الغنائم اخرج مسلم عن ابي هريرة انه ذكر فتح مكة فقال اقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى دخل مكة فبعث الزبير على احدى المجنبتين وبعث خالد بن الوليد على المجنبة الاخرى وبعث ابا عبيدة على الحسر فاخذوا بطن الوادي ورسول الله صلى الله عليه وسلم في كتيبته قال فنظر الي فقال يا ابا هريرة قلت لبيك يا رسول الله فقال اهتف لي بالانصار ولا يأتيني الا انصاري فهتف بهم فجاؤا فاطافوا برسول الله صلى الله عليه وسلم ووبشت قريش اوباشها فقال لهم الا ترون الى اوباش قريش واتباعهم ثم قال بيديه فضرب احديهما على الاخرى ثم قال احصدوهم حصدا حتى توافوني على الصفا قال ابو هريرة فانطلقنا فما يشاء منا احد ان يقتل ما شاء منهم الا قتله الحديث بطوله فانضم هذا الى ما هناك وقد ذكر البيهقي ما فتح عنوة وصلحا من البلاد فذكر ان الاهواز وفارس واصفهان فتحت عنوة لعمر رض على يدي ابي موسى وعثمان بن ابي العاص وعتبة بن غزوان وكانت اصبهان على يدي ابي موسى خاصة واما خراسان ومرو رود فتحتا صلحا في خلافة عثمان رض على يدي عبد الله بن عامر بن كريز واما ما وراء النهر فافتتح بعد عثمان على يدي سعيد بن عثمان بن عفان لمعاوية صلحا وسمرقند وكش ونسف وبخارا وبعد ذلك على يدي المهلب بن ابي صفرة وقتيبة بن مسلم واما الري فافتتحها ابو موسى في خلافة عثمان رض صلحا وفي ولايته فتحت طبرستان على يدي سعيد بن العاص صلحا ثم فتحها عمرو بن العلاء والطالقان ودنباوند سنة سبع وخمسين ومائة واما جرجان ففي خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين وكرمان وسجستان فتحها عبد الله بن عباس في خلافة عثمان رض صلحا وافتتح الجبل كله عنوة في وقعة جلولاء ونهاوند على يدي سعد والنعمان بن مقرن واما الجزيرة ففتحت صلحا على يدي عياض بن غنم والجزيرة ما بين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة واما هجر فادوا الجزية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا دومة الجندل واما اليمامة فافتتحها ابو بكر رض واما السند فافتتحها قاسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين قوله وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار الخ وقد علم من عادة المصنف انه اذا وقعت مخالفة بين ما في القدوري والجامع او زيادة في الجامع يقول بعد لفظ القدوري وفي الجامع الصغير الخ وهنا المخالفة ظاهرة فان قول القدوري كل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج مطلق فهو اعم من ان يصل اليها ماء الانهار او لا يصل بان استنبط فيها عين ولفظ الجامع قيد خراجيتها بان يصل اليها ماء الانهار ونحن نقطع ان الارض التي اقر اهلها عليها لو كانت تسقى بعين او بماء السماء لم تكن الا خراجية لان اهلها الكفار لو انتقلت اليهم ارض عشرية ومعلوم ان العشرية قد تسقى بعين او بماء السماء لا تبقى على العشرية بل تصير خراجية في قول ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فكيف يبتدأ الكافر بتوظيف العشر ثم كونها عشرية عند محمد اذا انتقلت اليه كذلك انما هي لانه اليه فهو ايضا منعه والعبارة التي نقلها عن الجامع في غاية البيان ليست كما في الهداية فانه قال ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال كل ارض فتحت عنوة بالقتال فصارت ارض خراج وكل ارض يصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وكل ارض لا يصل اليها ماء الانهار فاستخرج فيه عين فهي ارض عشر والاراضي التي اسلم اهلها عليها فهي ارض عشر فقوله وكل شيء يصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج عطف على كل ارض فتحت عنوة والعطف يوجب المغايرة فيصير المعنى كل ارض فتحت عنوة صارت ارض خراج وكل ارض لم تفتح عنوة ووصفها انها يصل اليها ماء الانهار

قال والخراج الذي وضعه عمر رضـ على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة
خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم وهذا هو المنقول عن عمر رضـ فانه بعث عثمان
ابن حُنيف حتى يمسح سوادَ العراق وجعل حُذيفة مُشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب

فهي ارض خراج وحاصله تقسيم ارض الخراج الى ما فتح عنوة والى ما لم يفتح عنوة لكنها تسقى بماء الانهار ثم يجب تقييد الاول بان يقر اهلها عليها
بالضرورة وكان هذا معلوما اذ لا يبتدئ المسلم في اول الفتح قط بتوظيف الخراج في الاراضي المقسومة كما يجب تقييد الانهار فانها لا تكون خراجية ما لم تكن
الانهار العظام كالنيل والفرات والحاصل ان التي فتحت عنوة ان اقر الكفار عليها لا يوظف عليهم الا الخراج ولو سقيت بماء المطر وان قسمت بين المسلمين
لا يوظف الا العشر وان سقيت بماء الانهار واذا كان كذلك فبالضرورة يراد الارض التي احياها مسلم فان التي فتحت عنوة مما يبتدئ فيها التوظيف غير
المقسومة المقر اهلها عليها ليس الا الموات التي احييت ويصير المعنى كل ارض فتحت عنوة صارت ارض خراج اذا قام اهلها عليها وكل ارض لم تفتح
عنوة بل احياها مسلم ان كان صفتها انها يصل اليها ماء الانهار فهي خراجية او ماء العيون ونحوه فعشرية وهذا قول محمد وهو قول ابي حنيفة ولو شرح كذا
استغنى به عن ذكر المسئلة التي تليه فانها هي وحاصلها ان محمدا قال فيمن احيى ارضا ميتة بحفر بئر او عين استخرجها او ماء دجلة والفرات وباقي الانهار العظام
التي لا يملكها احد او بالمطر فهي عشرية وان احياها بماء الانهار التي احتفرتها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد وهو ما كان من العجم فهي خراجية لان الاعتبار في
شانه للماء لانه السبب لنماء الارض ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم ابتداء كرها فيعتبر السقي لان السقي بماء الخراج دلالة على التزامه فيصير خراجية عليه
وعند ابي يوسف يعتبر بحيزها اي بالقرب منها فان كانت من حيز اراضي الخراج اي بقربه فخراجية او ارض العشر فعشرية لان القرب من اسباب الترجيح
فيترجح كونها خراجية بالقرب من ارض الخراج وعشرية كذلك واصله افنية الدور على ما في الشرح حكمها حتى جاز لصاحب الدار الانتفاع بفنائها
وهو غير مملوك له ومن اجل انه احق بالانتفاع لو قال المستاجر للاجير ابن في فنائي وليس لي فيه حق الحفر ولكن احفر فحفر واتلف فالضمان عليه في الاستحسان
بل على المستاجر لان كونه فناء بمنزلة انه ملكه في انطلاق يده في التصرف من القاء الطين والحفر وربط الدابة غير ان ابا يوسف استثنى البصرة من هذا
فانها عشرية وان كانت من حيز ارض الخراج لاجماع الصحابة على جعلها عشرية كما ذكره ابو يوسف رحمه الله بعينه فترك القياس فيها لذلك هذا وقد ظهر من قوله لانه
لا يمكن توظيف الخراج على المسلم الخ ان المراد بموضوع المسئلة اعني قوله ومن احيى ارضا مواتا المسلم ولا بد من ذلك حتى لو احياها ذمي كانت خراجية سواء سقيت
عند محمد بماء السماء او نحوه او لا وسواء كانت عند ابي يوسف من حيز ارض الخراج او العشر وظهر منه ايضا ان كون المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج كما ذكره
محمد في الزيادات هو فيما اذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وهو السقي بماء الخراج وهذا لان الخراج جزاء المقاتلة على حمايتهم ما يسقى بمائه فوجب فيه قوله والخراج الذي
وضعه عمر رضـ على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ثمانية ارطال خلافا لابي يوسف ثم نص على الصاع ابو يوسف ومحمد فقال ابو يوسف
حدثني السري عن الشعبي عن عمر بن الخطاب رضـ فرض على الكرم عشرة وعلى الرطب خمسة وعلى كل ارض يبلغها الماء عملت او لم تعمل درهما ومختوما قال عامر هو الحجاجي
وهو الصاع انتهى وعامر هو الشعبي وقال محمد في الاصل فما كان من ارض الخراج من عامر او غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزرع ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة
يزرع ذلك صاحبه في السنة مرة او مرارا او لم يزرعه كله سواء وفي كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع والقفيز قفيز الحجاج هو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي
كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانية ارطال والمراد من القفيز الماخوذ قفيز مما زرع حنطة او شعيرا او عدسا او ذرة قاله الطحاوي والمراد من
الدرهم ما يوزن سبعة والمراد من الجريب ارض طولها ستون ذراعا وعرضها كذلك بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة فهو سبع قبضات
لان ذراع العامة ست قبضات وقوله في الكافي ما قيل الجريب ستون في ستين حكاية عن جريبهم في اراضيهم وليس بتقدير لازم في الاراضي كلها بل
جريب الارض يختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد متعارف اهله يقتضي ان الجريب يختلف قدره في البلدان ومقتضاه ان يتحد الواجب هو قفيز ودرهم مع اختلاف

ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة والمزارع أكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم أعلاها وفي الزرع أدناها وفي الرطبة أوسطها

المقادير فانه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع وعرف أخرى فيه خمسون ذراعا وكذا ما قيل الجريب ما يبذر فيه مائة رطل وقيل ما يبذر فيه من الحنطة ستون منا وقيل خمسون في ديارهم والمعول عليه ما في الهداية وغيرها وأما جريب الرطبة ففيه خمسة دراهم وهو لا شيء فيه من الخارج وفي جريب الكرم المتصل والنخيل المتصلة عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه وقيد بالاتصال لانها لو كانت متفرقة في جوانب الارض ووسطها مزروعة لا شيء فيها بل المعتبر وظيفة عمر رضي الله عنه على ما في الزرع وكذا لو غرس اشجارا غير مثمرة ولو كانت الاشجار ملتفة لا يمكن زراعة ارضها فهي كرم ذكره في الظهيرية وفي شرح الطحاوي لو انبت ارضه كرما فعليه خراجها الى ان يطعم فاذا اطعم فان كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم وان كان اقل فنصفه الى ان ينقص عن قفيز ودرهم فان نقص فعليه قفيز ودرهم وفي رواية عليه وظيفة الارض الى ان يطعم الكرم ثم ذكر المصنف الرواية عن عمر رضي الله عنه بذلك فقال انه بعث عثمان بن حنيف حتى مسح سواد العراق وهو الذي آخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين علي بن ابي طالب رضي الله عنه حين آخى بين المهاجرين والانصار وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستا وثلاثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم قال شارح في قوله ووضع على ذلك ما قلنا انه سهو بل يقال وضع ذلك على ما قلنا اي وضع الخراج ولا يخفى ان مرجع اسم الاشارة الست والثلثون الف الف اي وضع على الجريان المقادير التي ذكرنا فلا سهو فينسب الى قائل هذا وقد تقدم رواية ابي يوسف به وهو منقطع لان الشعبي لم يدركه عمر رضي الله عنه واعلم ان الرواية عن عمر رضي الله عنه اختلفت كثيرا في تقدير الوظيفة فروى ابن ابي شيبة حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن ابي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر رضي الله عنه على اهل السواد على كل جريب ارض يبلغه الماء عامر او غامر درهما وقفيزا من طعام وعلى البساتين على كل جريب عشرة دراهم وعشرة اقفزة ولم يضع على النخيل شيئا جعله تبعا للارض ثم عن ابي اسامة عن قتادة عن ابي مجلز قال بعث عمر رضي الله عنه عثمان بن حنيف على مساحة الارض فوضع عثمان على الجريب من الكرم عشرة وعلى جريب النخل ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم يعني الرطبة وعلى جريب البر اربعة دراهم وعلى جريب الشعير درهمين وقال ابو عبيد في كتاب الاموال ثنا هشيم بن بشير انبأنا العوام بن حوشب عن ابراهيم التيمي قال لما افتتح المسلمون فساق الحديث بطوله الى ان قال فمسح عثمان بن حنيف سواد الكوفة من ارض اهل الذمة فجعل على جريب النخل عشرة دراهم وعلى جريب العنب ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم وعلى الجريب من البر اربعة دراهم وعلى الجريب من الشعير درهمين وفيه قال واخذ من تجارهم من كل عشرين درهما درهما فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرضي به فقد رأيت ما هنا من الاختلاف ومالك يعتبر اجارة الامام لانها وقف على المسلمين عنده فيفوض الى اجارته كما هو الرسم الآن في اراضي مصر فان المأخوذ الآن اجرة لا خراج الا ترى ان الاراضي ليست مملوكة للزراع وهذا بعد ما قلنا ان ارض مصر خراجية والله اعلم لانه لموت المالكين شيئا فشيئا من غير اخلاف ورثة فصارت لبيت المال وينبغي على هذا ان لا يصح بيع الامام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها الا ان تكرر في مال المسلمين كتصرف ولي اليتيم فلا يجوز له بيع عقاره الا لضرورة لعدم وجود ما ينفقه وكذا كتبت في فتوى رفعت الي في شراء السلطان الاشرف برسباي من وكيل بيت المال بل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه فكتبت اذا كان بالمسلمين حاجة والعياذ بالله جاز ذلك واحمد في رواية كمالك وفي رواية في كل جريب حنطة او شعير درهم والباقي كقولنا وقيل كل الروايات عن عمر رضي الله عنه صحيحة وانما اختلفت لاختلاف النواحي فوضع على بعضها اقل وبعضها اكثر لتفاوت الريع في ناحية مع ناحية وما قلنا اشهر رواية وارفق بالرعية ثم ذكر المصنف المعنى في اختلاف الوظيفة فقال ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة لانه يبقى على الابد بلا مؤنة واكثرها ريعا والمزارع اقلها ريعا واكثرها مؤنة لاحتياجها الى البذر ومؤن الزراعة من الحرث والحصاد والدياس والتذرية في كل عام والرطاب بينهما لانها لا تدوم دوام

قال وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار اخر وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بمقدار الطاقة من اي شيء كان قال وان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام والنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع الا ترى الى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد رحمه الله اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف رحمه الله لا يجوز لان عمر رضي الله عنه لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة قال وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع الماء عنها او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على حقيقة الخارج قال وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كي لا يتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس

الكرم ويختلف لعلها كل عام فوجب تفاوت الواجب بتفاوت المؤنة بمثله قوله عليه الصلوة والسلام ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب او دالية ففيه نصف العشر قوله وما سوى ذلك اي من الاراضي التي فيها اصناف غيرها وظف فيه عمر رضي الله عنه كالزعفران والنخيل الملتفة كالبستان يصلح نظيرا لارض يحوطها حوائط وفيها نخيل متفرقة واشجاره كذا غير ذلك كالنخيل الملتفة يوضع على ذلك بحسب الطاقة فيوضع على النخيل الملتفة بحسب ما تطيق ولا يزاد على الكرم وعلى جريب الزعفران كذلك ينظر في ذلك كله الى غلتها فان لم تبلغ سوى غلة الزرع لم يؤخذ قدر خراج الزرع والرطبة يؤخذ خراج الرطبة او الكرم فالكرم وانما ينتهي الى نصف الخارج لان التنصيف بعد ما كان لنا ان نقسمهم ونتملك رقاب الاراضي والاموال عين الانصاف قوله فان لم تطق ما وضع عليها بان لم يبلغ الخارج منها ضعفه نقص الى نصف الخارج كذا افاد في الخلاصة حيث قال فان كانت الاراضي لا تطيق ان يكون الخارج خمسة بان كان الخارج لا يبلغ عشرة يجوز ان ينقص حتى يصير مثل نصف الخارج انتهى وبهذا لا فرق بين الارضين الذي وظف عليها عمر رضي الله عنه ثم نقص نزلها ونقصت الآن او غيرها واجمعوا على انه لا يجوز الزيادة على وظيفة عمر رضي الله عنه في الاراضي التي وظف فيها عمر رضي الله عنه او امام آخر مثل وظيفة عمر رضي الله عنه في الكافي واما في بلدان الامام ان يبتدي فيها التوظيف فعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يزيد وقال محمد يزيد وهو قول مالك واحمد رواية عن ابي يوسف وقول الشافعي لذلك معنى هذا ان كانت الارض التي فتحت بعد الامام عمر رضي الله عنه تزرع الحنطة فاراد ان يضع عليها درهمين وقفيزا او هي تطيقه ليس له ذلك وعند محمد له ذلك اعتبارا بالنقصان وهذا يؤيد ما ذكرته عن محل الارض في قوله فان لم تطق ما وضع عليها على ما يشمل ارض عمر رضي الله عنه ومنعه ابو يوسف بان عمر رضي الله عنه لم يزد حين اخبر بزيادة طاقة الارض ففي البخاري من حديث عمرو بن ميمون اخاف ان تكونا حملتما الارض ما لا تطيق قالا حملنا امرا هي له مطيقة ما فيها كبير فضل وروى عبد الرزاق اخبرنا معمر عن علي بن الحكم البناني عن محمد بن زيد عن ابراهيم قال جاء رجل الى عمر رضي الله عنه فقال ارض كذا وكذا يطيقون من الخراج اكثر مما عليهم فقال ليس لهم سبيل قوله وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع الماء عنها او اصطلم الزرع آفة لا خراج عليه اما في غلبة الماء وانقطاعه فلانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج واما في الاصطلام فلفوت النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على حقيقة الخارج عند الخروج لان التمكن من الزراعة قائم مقامه فاذا وجد الاصل بطل اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالاصل واعلم ان اكثر المشائخ حملوا المذكور في الكتاب من سقوط الخراج بالاصطلام على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن الزراعة ثانيا فان بقي لا يسقط الخراج لانه عطلها وفي الفتاوى الكبرى تكلموا ان المعتبر فيه زراعة الحنطة او الشعير ام اي زرع كان وان المعتبر مدة تمكن الزرع فيها او مدة يبلغ الزرع فيها مبلغا يكون قيمته ضعف الخراج والفتوى على انه مقدر بثلاثة اشهر وهو لا ينافي الوجه الثاني الا ان اداره الحكم على حقيقة الخارج وان اسقط الواجب منه لا يمنع الايجاب بالتعطيل فيما بعده من الزمان واما الوجه الاول فصريح في نفي الوجوب وان بقي امكان الزراعة الى آخر السنة ولم يذكر كثير من المشائخ هذا واعادة الزرع تستدعي نوعا كالاول فان اخرج شيئا فتمامه ان يفي بالجزئين فاخذ الخراج اذا لم يزرع والحالة هذه تجبر اصل مال الزرع وكذا ان زرع قوله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن من الزراعة كان ثابتا وهو الذي فوته اي فوت الريع وهذا شرط التمكن كما يفيده قوله لان التمكن كان ثابتا فاما اذا لم يتمكن لعدم قوته وهيا فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقي او يؤجرها ويأخذ الخراج من الاجرة او يزرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ من ثمنها خراج السنة الماضية ودفع باقي الثمن لصاحبها ثم المشتري يأخذ الخراج

ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضه اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهة ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي رح يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض

المشتري وهذا وان كان نوع حجر ففيه دفع ضرر العامة باثبات ضرر واحد وهو جائز كما قلنا في الحجر على المكاري المفلس والطبيب الجاهل ولو وقع البيع في اثناء السنة فان بقي منها قدر ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا على البائع وما عن ابي يوسف انه يدفع للعاجز كفاية من بيت المال قرضا ليعمل فيها صحيح ايضا ومن فروع ذلك ما اذا انتقل الى اخس الامرين من غير عذر بان كانت مثلا تزرع الكرم فزرعها حبوبا اخذ منه خراج الاعلى وهو الكرم لانه هو الذي ضيع الزيادة على المسلمين قالوا ولا يفتى بهذا حذرا من تسليط الظلمة على اموال المسلمين اذ يدعي كل ظالم ان ارضه تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب قوله ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله وعند مالك والشافعي يسقط عنه الخراج وكذا لو باعها من مسلم يجوز البيع عندنا خلافا لمالك في رواية وعلى رواية الجواز يسقط الخراج لما فيه من معنى الذل والصغار وهو غير لائق بالمسلم وقوله لما قلنا من ان فيه معنى المؤنة والمسلم من اهل المؤنة كالعشر والارض لا تخلو منها فابقاء ما تقرر وجبا اولى ولان وضع عمر رضه بموافقة جماعة الصحابة رضهم ما كان الا لاجل الذين يجيئون من المسلمين بعد اهل الفتح ما يليق عنهم وفتح هذا الباب يؤدي الى فوات هذا المقصود فان الاسلام غير بعيد بعد مخالطة المسلمين ومعرفة محاسنه وتنقية من الكلفة وتجشم المشاق في الزراعة ثم دفع نحو النصف للغنيمة قال المصنف وقد صح ان الصحابة رضهم اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها قال البيهقي قال ابو يوسف القول ما قال ابو حنيفة انه كان لابن مسعود وخباب بن الارت والحسين بن علي رضهم ولشريح ارض الخراج فدل على انتفاء كراهة تملكها ثنا خالد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي انه قال لعمر رضه اني اشتريت ارضا من ارض السواد فقال عمر رضه انت فيها مثل صاحبها قال البيهقي واخبرنا ابو سعيد ثنا ابو العباس الاصم ثنا الحسن بن علي بن عفان ثنا يحيى بن آدم ثنا ابن صالح عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال اسلمت امرأة من اهل نهر الملك فكتب عمر بن الخطاب رضه ان اختارت ارضها وادت ما على ارضها فخلوا بينها وبين ارضها والا فخلوا بين المسلمين وبين ارضهم وروى عبد الرزاق وابن ابي شيبة ثنا الثوري عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب ان دهقانة من ارض نهر الملك اسلمت فقال عمر رضه ادفعوا اليها ارضها تؤدي عنها الخراج وقال ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما ثنا هشيم بن بشير عن الشيباني ثنا الحكم عن الزبير بن عدي ان دهقانا اسلم على عهد علي رضه فقال علي رضه ان اقمت في ارضك رفعنا عنك الخراج عن رأسك واخذناها عن ارضك وان تحولت عنها فنحن احق بها وقال ابن ابي شيبة ثنا حفص بن غياث عن محمد بن قيس عن ابي عون محمد بن عبيد الله الثقفي عن عمر وعلي رضهما قالا اذا اسلم وله ارض وضعنا عنه الجزية واخذنا خراجها قال المص فدل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهة وصرح في كافي الحاكم بنفي الكراهة قيل فلو قال من المسلم كان اولى وهو بناء على تعلقه بلفظ اخذه وهو غير مقصود فان الاخذ يقوم بالامام وليس المقصود افادة انه هل يكره للامام اخذ الخراج من المسلم بل المقصود افادة حكم شراء المسلم الارض الخراجية وتعرضه بذلك الاخذ منه هل يكره له ذلك او لا فيجب لفظ للمسلم فيتعلق بالشراء في قوله فدل على جواز الشراء للمسلم وعدم الكراهة لا كما يقول بعض المتقشفة رحمة الله عليهم ورحمنا بهم من كراهة ذلك لما روي انه عليه الصلوة والسلام رأى شيئا من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا فظنوا ان الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب البقر قعدوا عن الغزو فكر عليهم عدوهم فجعلوهم اذلة لا ما ذكروه اذ لا شك في انه يجوز للمسلم التزام ما لا يجب عليه ابتداء الا ترى انه لو تكفل بجزية ذمي جاز بلا كراهة قوله ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي ومالك واحمد يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان ذاتا فان العشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج مؤنة فيه معنى العقوبة ومحلا فان العشر في الخارج والخراج في الذمة وسببا لان سبب العشر الارض النامية بالخارج

المتقشفة

مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رض لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل خارج

تحقيقا وسبب الخراج الارض النامية به تقديرا ومصرفا لمصرف العشر الفقراء ومصرف الخراج المقاتلة وقد تحقق سبب كل منهما ولا منافاة بين الحقين فيجبان كوجوب الدين مع العشر او الخراج قال المصنف ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم هو حديث ضعيف ذكره ابن عدي في الكامل عن يحيى بن عنبسة ثنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع على مسلم خراج وعشر ويحيى بن عنبسة مضعف الى غاية حتى نسب الى الوضع والى الكذب على ابي حنيفة وانما رواه ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قوله فجاء يحيى ووصله واخرجه ابن ابي شيبة بنحوه عن الشعبي وعكرمة ثنا ابراهيم بن المغيرة عن عبد الله بن المبارك عن حمزة السلولي عن الشعبي قال لا يجتمع عشر وخراج في ارض وقال ثنا ابو تميلة ثنا يحيى بن واضح عن ابي المنيب عن عكرمة قال لا يجتمع عشر وخراج في مال وما حصل به كما ترى ليس الا نقل مذهب لبعض التابعين ولم يرفعوه ليكون حديثا مرسلا وقد نقل ابن المبارك الجمع بينهما مذهب الجماعة آخرين فهذا نقل المذاهب لا استدلال واما قوله ولان احدا من الائمة فقد منع بنقل ابن المنذر الجمع في الاخذ عن عمر بن عبد العزيز فلم يتم وعدم الاخذ من غيره جاز كونه لتفويض الدفع الى الملاك فلم يتعين قول صحابي بعدم الجمع ليحتج به من يحتج بقولهم على ان فعل عمر بن عبد العزيز يقتضي ان ليس عمر بن الخطاب رض على منع الجمع لانه كان متبعا له مقتفيا لآثاره وما ذكرناه عنه فيما تقدم من كتبه في جواب المسائل في مسئلة خمس الجزية والخراج اذا رجعت اليه فليفد كذلك ثم الممنوع تعدد السبب وجعل السبب فيهما معا الارض ولا مانع ان يتعلق بالسبب الواحد وهو الارض هنا وظيفتان مع ان العمومات تقتضيه مثل قوله عليه الصلوة والسلام ما سقت السماء ففيه العشر فانه يقتضي ان لا يخلو مع الخراج ان كان ولان تعدد الحكم واتحاده بتعدد السبب واتحاده وسبب كل من الخراج والعشر الارض النامية لانه يعتبر النماء في العشر تحقيقا لانه اسم اضافي فما لم يتحقق خارج لا يتحقق عشره وفي الخراج تقديرا ولهذا ايضا فان اليها فيقال خراج الارض وعشر الارض والاضافة دليل السببية وكون الارض مع النماء التقديري غير الارض مع التحقيقي مغايرة اعتبارية لا حقيقية فالارض النامية هي السبب فاذا اتحد السبب اتحد الحكم وصار كزكوة التجارة والسائمة فان السبب واحد بالذات وهو الغنم مثلا وهو مع ذلك لا يقال الغنم مع السوم غيرها مع قصد التجارة فيجب كل منهما لتعدد السبب واما قوله ولان الخراج يجب في الارض اذا فتحت عنوة وقهرا والعشر في الارض اذا اسلم اهلها ولازم الاول الكره ولازم الثاني الطوع وهما متنافيان فلا يجتمعان فمعلوم ان لبعض صور الخراج لكن مع الفتح عنوة وهو ما اذا اقر اهلها عليها وكذا لبعض صور العشر وهو ما اذا فتحها عنوة وقسمها بين الغانمين كما ان لبعض صور الخراج لا يكون مع العنوة والقهر بل الصلح او بان احياها وسقاها بماء الانهار الصغار او كانت قريبة من ارض الخراج على الخلاف ومع هذا فالذي يغلب على الظن ان الراشدين من عمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم اجمعين لم ياخذوا عشرا من ارض الخراج والا لنقل كما نقل تفاصيل اخذهم الخراج بهذا تقضي العادة وكونهم فوضوا الدفع الى الملاك في غاية البعد لرايت اذ كان العشر وظيفة في الارض التي وظف فيها الخراج على اهل الكفر بل يقرب ان يتولوا اخذه وظيفة ويكلوا الاخرى اليهم ليس لهذا معنى وكيف وهم كفار لا يؤمنون على ادائه من طيب انفسهم واذا كان الظن عدم اخذ الثلاثة صح دليلا الفعل الصحابة خصوصا الخلفاء الراشدين ويكون اجماعا وذكر الاسبيجابي لا يجتمع الاجر والضمان عندنا والعقر والحد والجلد والنفي وكذا الرجم مع الجلد وزكوة التجارة مع صدقة الفطر والشافعي يوافق في الجلد مع الرجم وما سواه يجمع وكذا الزكوة مع احدهما اي العشر او الخراج خلافا للشافعي وصورته اذا اشترى ارض عشر او خراج بقصد التجارة عليه العشر او الخراج وليس عليه زكوة التجارة عندنا وانما لم ينعكس لان العشر والخراج الزم للارض بخلاف الزكوة لانه يشترط فيها ما لا يشترط فيهما

قوله ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رض لم يوظفه مكررا اي في سنة بتكرر الخارج على الطريقة التي قدمنا ذكرها وقد يوازي بها تتعلق النفس

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألف ومائتي حلة ولأن الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي إلى غير ما وقع عليه الاتفاق وجزية يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يضع على كل حالم دينارا أو ما يعدل الدينار والغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل حالم وحالمة دينارا أو عدله معافر من غير فصل ولأن الجزية إنما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بهذا السبب كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الفقير والمعتمل

بالتمكن فيستويان فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع فيها مرارا والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج فإذا عطلها لا يؤخذ بشيء فإن اعتبرت الخفة للعشر مطلقا باعتبار الأغلب وهو عدم تكرر الزرع في العام قلنا وكذلك ليس في الغالب أن يعطل الأرض عن الزراعة بالكلية ويؤخذ الخراج من أرض المرأة والصبي والأراضي الموقوفة لأن وقفها إخراج من مستحق إلى مستحق وبذلك لا يبطل الخراج كالبيع والهبة وينبغي أن يطالب بذلك الناظر

باب الجزية هذا هو الضرب الثاني من الخراج وقدم الأول لقوته إذ يجب أسلموا أو لم يسلموا بخلاف الجزية لا يلزمون بها إلا إذا لم يسلموا ولأنه حقيقة الخراج لأنه إذا أطلق فإنما يتبادر خراج الأرض ولا يطلق على الجزية إلا مقيدا فيقال خراج الرأس وعلامة المجاز لزوم التقييد وتجمع الجزية على جزى كلحية ولحى وهي في اللغة الجزاء وإنما بنيت على فعلة للدلالة على الهيئة وهي هيئة الإذلال عند الإعطاء على ما سيعرف وهو على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح عليها فيتقدر بحسب ما عليه الاتفاق فلا يزاد عليه تحرزا عن الغدر ومنه صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران وهم قوم نصارى بقرب اليمن على ألفي حلة في العام على ما في أبي داود عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب انتهى وصالح عمر رضي الله عنه نصارى بني تغلب على أن يؤخذ من كل منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم من المال الواجب فلزم ذلك وتقدم تفصيله في الزكوة وقال أبو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج وأبو عبيد في كتاب الأموال في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أهل نجران بعد أن قال على ألفي حلة كل حلة أوقية يعني قيمتها أوقية فقيل لو والى كل حلة خمسون درهما ليس بصحيح لأن الأوقية أربعون درهما والحلة ثوبان إزار ورداء وتعتبر هذه الحلل في مقابلة ما يؤخذ من رؤسهم وأراضيهم قال أبو يوسف رحمه الله الحلة على أراضيهم وعلى جزية رؤسهم تقسم على رؤس الرجال الذين لم يسلموا وعلى كل أرض من أراضي نجران وإن كان بعضهم قد باع أرضه أو بعضها من مسلم أو ذمي أو تغلبي والمرأة والصبي في ذلك سواء في أراضيهم وأما الجزية في رؤسهم فليس على النساء والصبيان انتهى يعني أنه وقع عليه الصلح يؤخذ سواء باع بعضهم أرضه أو لم يبع ثم إذا باع يؤخذ ما وقع عليه الصلح على حاله يؤخذ الخراج من المشتري المسلم وعشره من التغلبي المشتري وقول المصنف على ألف ومائتي حلة غير صحيح وكذا قوله في بني نجران فإن النجران اسم أرض من حيز اليمن لا اسم قبيلة فلذا كان الثابت في الحديث أهل نجران والضرب الثاني جزية يبتدئ الإمام توظيفها إذا غلب على الكفار ففتح بلادهم وأقرهم على أملاكهم فهذه مقدرة بقدر معلوم شاؤا أو أبوا رضوا أو لم يرضوا فيضع على الغني في كل سنة ثمانية وأربعين درهما بوزن سبعة يأخذ من أحدهم في كل شهر أربعة دراهم وعلى أوسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما واحدا وقال الشافعي يضع على كل حالم أي بالغ دينارا أو اثني عشر درهما قال بعض مشائخهم الإمام مخير بينهما والدينار في القواعد الشرعية بعشرة إلا في الجزية فإنه يقابل باثني عشر درهما لأن عمر رضي الله عنه قضى بذلك وعند عامة أصحابهم لا يعتبر الدينار إلا بالسعر والقيمة ويستحب للإمام أن يماكسهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغني أربعة دنانير وقال مالك رحمه الله يأخذ من الغني أربعين درهما أو أربعة دنانير ومن الفقير عشرة دراهم أو دينارا وقال الثوري وهو رواية عن أحمد هي غير مقدرة بل مفوض إلى رأي الإمام لأنه عليه الصلوة والسلام أمر معاذا بأخذ الدينار وصالح هو عليه الصلوة والسلام نصارى نجران على ألفي حلة وعمر رضي الله عنه جعل الجزية على ثلاث طبقات كما هو قولنا وصالح بني تغلب على ضعف ما يؤخذ من المسلمين فهذا يدل على أنه لا تقدير فيها معين بل مفوض إلى رأي الإمام حتى لو نقص من الدينار جاز وعن أحمد روايتان أخريان إحداهما كقولنا والأخرى كقول الشافعي رحمه الله وجه ما رواه أبو داود والترمذي والنسائي عن الأعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ رضي الله عنه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن

(ولنا) ما بينا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت

بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر

وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحا ولهذا امره بالاخذ من الحالمة وان كانت لا يؤخذ منها الجزية

وامرني ان اخذ من البقر من كل ثلثين تبيعا او تبيعة ومن كل اربعين مسنة ومن كل حالم دينارا او عدله معافر من غير فصل بين غني وفقير قال الترمذي حسن صحيح وذكر ان بعضهم رواه عن مسروق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال وهو اصح ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه وهذا كما ترى ليس فيه ذكر الحالمة وفي مسند عبد الرزاق ثنا معمر وسفيان الثوري عن الاعمش عن ابي وائل عن مسروق عن معاذ ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى اليمن قال ومن كل حالم او حالمة دينارا او عدله معافر وكان معمر يقول هذا غلط ليس على النساء شيء وفيه طرق كثيرة فيها ذكر الحالمة وقال ابو عبيد وهذا والله اعلم فيما نرى منسوخ اذ كان في اول الاسلام نساء المشركين وولدانهم يقتلون مع رجالهم ويستدل لذلك بما روى الصعب بن جثامة ان خيلا اصابت من ابناء المشركين فقال عليه الصلوة والسلام هم من اباءهم ثم اسند ابو عبيد عن الصعب بن جثامة قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اولاد المشركين انقتلهم معهم قال نعم فانهم منهم ثم نهى عن قتلهم يوم خيبر والعدل بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس والمعافري ثوب منسوب الى معافر بن مرة ثم صار اسما للثوب بلا نسبة ذكره في المغرب وفي الفوائد الظهيرية معافر حي من همدان ينسب اليه هذه الثياب المعافرية وهكذا ذكره ابن فارس في المجمل وفي الجمهرة لابن دريد المعافر بفتح الميم موضع باليمن ينسب اليه الثياب المعافرية وفي غريب الحديث للقتبي البرود المعافرية منسوبة الى معافر من اليمن وفي الجمهرة قال الاصمعي ثوب معافر غير منسوب فمن نسب فهو خطأ عنده (قوله ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل) ولذا لم تجب على من لم يجز قتله بسبب الكفر كالذراري والنساء وهذا المعنى ينتظم الغني والفقير لان كلا منهم يقتل (قوله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم اجمعين) ذكره الاصحاب في كتبهم عن عبد الرحمن بن ابي ليلى عن الحكم ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجه حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف الى السواد فمسحا ارضها ووضعا عليها الخراج وجعلا الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا اخبراه بذلك ثم عمل عثمان كذلك ثم عمل علي كذلك وروى ابن ابي شيبة ثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن ابي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر بن الخطاب في الجزية على رؤس الرجال على الغني ثمانية واربعين درهما وعلى المتوسط اربعة وعشرين وعلى الفقير اثني عشر درهما وهو مرسل ورواه ابن زنجويه في كتاب الاموال ثنا ابو نعيم ثنا مندل عن الشيباني عن ابي عون عن المغيرة بن شعبة ان عمر وضع الخ وطريق آخر رواه ابن سعد في الطبقات الى ابي نضرة ان عمر بن الخطاب وضع الجزية على اهل الذمة فيما فتح من البلاد فوضع على الغني الخ ومن طريق آخر اسنده ابو عبيد القاسم بن سلام الى حارثة بن مضرب عن عمر انه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية واربعين واربعة وعشرين واثني عشر وقد كان ذلك بمحضر الصحابة بلا نكير فحل محل الاجماع ثم عارض المصنف سنده بقوله (ولانه) اي الجزية (وجبت نصرة للمقاتلة) اي خلفا عن نصرة مقاتلة اهل الدار لان من هو من اهل دار الاسلام عليه نصرتهم وقد فاتت بميلهم الى اهل الدار المعادين لنا لاصرارهم على الكفر ولهذا صرفت الى المقاتلة ووضعت على الصالحين للقتال الذين لو لزمهم القتال لو كانوا مسلمين فيختلف باختلاف حالهم لان نصرة الغني لو كان مسلما فوق نصرة المتوسط والفقير فانه كان يخرج راكبا ويركب معه غلامه والمتوسط راكبا فقط والفقير راجلا وهذا معنى قول المصنف وذلك لان النصرة تتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله يعني الجزية والحقها بخراج الارض فانه وجب على التفاوت واورد عليه لو كانت خلفا عن النصرة لزم ان لا يؤخذ منهم لو قاتلوا مع المسلمين سنة متبرعين او بطلب الامام منهم ذلك والحال انها تؤخذ منهم مع ذلك اجيب بان الشارع جعل نصرتهم بالمال وليس للامام تغيير المشروع وتحقيقه ان النصرة التي فاتت نصرة المسلمين فنصرة الاسلام فاتت بالكفر فابدلت بالمال وليس نصرتهم في حال كفرهم تلك النصرة الفائتة فلا يبطل خلفها واعلم ان الجزية خلف عن قتله ونصرتنا جميعا قال (وما رواه) من وضع الدينار على الكل (محمول على انه كان صلحا) فان اليمن لم تفتح عنوة بل صلحا فوقع على ذلك وقلنا ولان اهل اليمن كانوا اهل فاقة والنبي صلى الله عليه وسلم يعلم ففرض عليهم ما على الفقراء ويدل على ذلك

قال وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الاية ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس **قال** وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي رح هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ اما مشركوا العرب فلان النبي عليه السلام نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فلانه كفر بربه بعدما هدي للاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركوا العرب وجوابه ما قلنا

ما روى البخاري عن ابي نجيح قلت لمجاهد ما شان اهل الشام عليهم اربعة دنانير واهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك من قبل اليسار واعلم انه سيجيء ان الجزية خلف عن قتلهم والوجب انما خلف عن قتلهم ونصرتهم جميعا الا عن احدهما فقط فنفى عن المجموع ثم اختلف في المراد من الغني والمتوسط والفقير فقيل ان كان له عشرة آلاف درهم فهو موسر ومن كان له مائتان فصاعدا ما لم يصل الى العشرة فمتوسط ومن كان معتملا فهو مكتسب وعن بشر بن غياث من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فهو موسر ومن ملك بلا فضل فهو الوسط ومن لم يكن له قدر الكفاية فهو المعتمل اي المكتسب وقال الفقيه ابو جعفر ينظر الى عادة كل بلد في ذلك الا ترى ان صاحب خمسين الفا ببلخ يعد من المكثرين وفي البصرة وبغداد لا يعد مكثرا وذكره عن ابي نصر محمد بن سلام ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة والمعتمل المكتسب والاعتمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب وقيد بالاعتمال لانه لو كان مريضا في نصف السنة فصاعدا لا يجب عليه شيء اما لو لم يعمل وهو قادر فعليه الجزية كمن عطل الارض قوله وتوضع الجزية على اهل الكتاب اليهود ويدخل فيهم السامرة فانهم يدينون بشريعة موسى صلى الله عليه وسلم الا انهم يخالفونهم في فروع والنصارى يدخل فيهم الفرنج والارمن لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية واما الصابئون فعلى الخلاف من قال هم من النصارى او قال هم من اليهود فهم من اهل الكتاب ومن قال يعبدون الكواكب فليسوا من الكتابيين بل كعبدة الاوثان وفي فتاوى قاضيخان وتؤخذ الجزية من الصابئة عن ابي حنيفة خلافا لهما واطلق في اهل الكتاب فشمل اهل الكتاب من العرب والعجم واما المجوس عبدة النار ففي البخاري ولم يكن عمر رض اخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس هجر وهذا قول المص ووضع عليه الصلوة والسلام الجزية على المجوس وهجر بلدة في البحرين قوله وعبدة الاوثان بالجر اي وتوضع على عبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي هو يقول القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه الى الجزية في حق اهل الكتاب بالقرآن اعني ما تلوناه من قوله تعالى حتى يعطوا الجزية وفي المجوس بالخبر الذي ذكرناه في صحيح البخاري فيبقى من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم بجامع ان كلا من الاسترقاق والجزية يشتمل على سلب النفس منهم اما الاسترقاق فظاهر انه يصير منفعة نفسه لنا وكذا الجزية فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين والحال ان نفقته في كسبه فقد ادى حاصل نفسه الينا او بعضها فهذا المعنى يوجب تخصيص عموم وجوب القتال الذي استدل به وذلك لانه عام مخصوص باخراج اهل الكتاب والمجوس عند قبولهم الجزية كما ذكر فيجوز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وانما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لانهم صاروا اتباعا لاصولهم في الكفر فكانوا اتباعا في حكمهم فكان الجزية على الرجل اتباعه في المعنى ان كان له اتباع والا فهي عنه خاصة قوله وان ظهر عليهم اي على من تقدم ذكره من اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك اي قبل وضع الجزية فهم فيء وللامام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية قوله ولا توضع الجزية على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما يعني مشركي العرب والمرتدين قد تغلظ فلم يكونوا في معنى العجم اما العرب فلان القرآن قد نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر فكان كفرهم والحالة هذه اغلظ من كفر العجم واما المرتدون فلان كفرهم بعدما هدوا للاسلام ووقفوا على محاسنه فكان كذلك فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة لزيادة الكفر وعند الشافعي يسترق مشركوا العرب وهو قول مالك واحمد لان الاسترقاق اتلاف

وإذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين

ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لأنها وجبت بدلا عن القتل أو عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم

الأهلية قال ولا زمن ولا أعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن أبي يوسف أنها تجب إذا كان له مال لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي له إطلاق حديث

معاذ رضي الله عنه ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولأن خراج الأرض لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل

حكما فيجوز كما يجوز إتلاف نفسه بالقتل ولنا قوله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون أي إلى أن يسلموا وروي عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال لا يقبل من مشركي العرب إلا الإسلام أو السيف وذكر محمد بن الحسن عن يعقوب عن الحسن عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنهما وقال والقتل مكان أو السيف وقوله عليه الصلاة والسلام لا رق على عربي أخرجه البيهقي عن معاذ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو كان ثابتا على أحد من العرب رق لكان اليوم وتمامه الحديث وجوابه ما قلنا يعني من أن كفره أغلظ فلا يكون له حكم الأخف منه قوله وإذا ظهر عليهم أي على مشركي العرب والمرتدين فنساؤهم وصبيانهم فيء يسترقون لأنه عليه الصلاة والسلام استرق ذراري أوطاس وهوازن وأبو بكر رضي الله عنه استرق بني حنيفة أسند الواقدي في كتاب الردة في قتال بني حنيفة عن محمود بن لبيد قال ثم إن خالد بن الوليد صالحهم على أن يؤخذ منهم الصفراء والبيضاء والكراع والسلاح ونصف السبي ثم دخل حصونهم صلحا فأخرج السلاح والكراع والأموال والسبي ثم قسم السبي قسمين وأقرع على القسمين فخرج سهم على أحدهما وفيه مكتوب لله قال الواقدي وحدثني أبو الزناد عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر عن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنها قالت قد رأيت أم محمد بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وكانت من سبي بني حنيفة فلذلك سميت الحنفية ويسمى ابنها محمد بن الحنفية قال وحدثني عبد الله بن نافع عن أبيه قال كانت أم زيد بن عبد الله بن عمر رضي الله عنهم من ذلك السبي وحنيفة هو حي من العرب سمي به لأن حذيمة ضربه يوم النقا فحنف رجله وضرب حنيفة يده فجذمها فسمي جذيمة وحنيفة بن لجيم بن صعب بن علي بن بكر بن وائل واعلم أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذراري عبدة الأوثان لا يجبرون وفي فتاوى قاضيخان وأما الزنادقة قالوا لو جاء زنديق قبل أن يؤخذ فأخبر أنه زنديق وتاب تقبل توبته فإن أخذ ثم تاب لا تقبل توبته ويقتل لأنهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا تؤخذ منه الجزية قوله ولا جزية على امرأة ولا صبي وكذا على مجنون بلا خلاف لأن الجزية بدل عن قتلهم على قول الشافعي أو عن قتالهم نصرة للمسلمين على قولنا وهؤلاء ليسوا كذلك ولا على أعمى وزمن ولا المفلوج وعن الشافعي يؤخذ منهم اعتبارا بأجرة الدار ولا تؤخذ من الشيخ الكبير الذي لا قدرة له على قتال ولا كسب وعن أبي يوسف تؤخذ منه إذا كان له مال لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي في الحرب وجه الظاهر أنه لا يقتل ولا يقاتل وهو المراد بقولنا فيما بينا والجزية بدل عنهما ويقال زمن الرجل يزمن زمانة قوله ولا على فقير غير معتمل أي الذي لا يقدر على العمل وإن أحسن حرفة وعلى قول الشافعي عليه الجزية في ذمته له إطلاق حديث معاذ رضي الله عنه وهو قوله عليه الصلاة والسلام خذ من كل حالم ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظف الجزية على فقير غير معتمل أراد به عثمان بن حنيف حين بعثه عمر رضي الله عنه وروى ابن زنجويه في كتاب الأموال ثنا الهيثم بن عدي عن عمر بن نافع حدثني أبو بكر العبسي صلة بن زفر قال أبصر عمر شيخا كبيرا من أهل الذمة يسأل فقال له ما لك قال ليس لي مال وإن الجزية تؤخذ مني فقال له عمر ما أنصفناك أكلنا شبيبتك ثم نأخذ منك الجزية ثم كتب إلى عماله أن لا تأخذوا الجزية من شيخ كبير ولأن خراج الأرض كما لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا خراج الرأس بجامع عدم الطاقة بحكمة دفع الضرر الدنيوي والحديث محمول على المعتمل بالمعنى الذي ذكرناه بتوظيف عمر المقترن بالإجماع جمعا بين الدليلين فإن قلت ما تقدم من توظيف عمر رضي الله عنه ليس فيه المعتمل قلنا قد جاء في بعض طرقه وعلى الفقير المكتسب اثني عشر أخرجه البيهقي ولا يقال بنفيه عن غير المكتسب بالمفهوم المخالف وأنتم لا تقولون به لأنا نقول ليس ذلك بلازم بل جاز أن ينفات إلى الأصل وهو عدم التوظيف على من لم يذكر ثم إنما توظف على المعتمل إذا كان صحيحا في أكثر السنة وإلا فلا جزية عليه لأن الإنسان لا يخلو عن قليل مرض فلا يجعل القليل منه عذرا وهو ما نقص عن نصف العام

ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر ههنا وذكر محمد عن ابي حنيفة رح انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف رح ووجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفي بصحته في اكثر السنة ومن اسلم وعليه جزية سقطت وكذلك اذا مات كافرا خلافا للشافعي رح فيهما له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام

قوله ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى الاعتبار الاول تجب لان المملوك الحربي يقتل وعلى الاعتبار الثاني لا تجب لان المملوك عاجز عن النصرة فامتنع الاصل في حقه فامتنع الخلف لان شرطه انتفاء الاصل وامكانه فدار بين الوجوب وعدمه فلا تجب بالشك والاوجه ان يقال انها بدل عن القتل في حقهم وعن القتال في حقنا جميعا ولا يتحقق الثاني لما ذكرنا فلم يتحقق الموجب لانتفاء الكل بنفي الجزء وهذا لانا ذكره فيما في هذه المسئلة واذا كان خلفا عن ابي حنيفة لا يحسن قوله فلا تجب بالشك بل لا تجب بلا شك ثم لا يخفى ان ذكر ام الولد ليس على ما ينبغي فان من المعلوم ان لا جزية على النساء ولعله ابن ام الولد فسقطت لفظة ابن **قوله** ولا يؤدي عنهم مواليهم يعني لما قلنا لا توضع عليهم جاز ان يقال انها تؤخذ من مواليهم فيؤدون عنهم فازال هذا الاحتمال بقوله ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة في الجزية حتى لزمهم جزية الاغنياء بسببهم فلا يؤخذ منهم عنهم شيء آخر والا كانوا ملزمين بجزيتين ويقرر بوجه آخر وهو انهم تحملوا الزيادة بسببهم فكانت الجزية عنه وعنهم معنى شرعا فلا يجب شيء آخر وهذا بناء على ان غنى الملاك بهم لانهم مال ويحرزون المال بالكسب **قوله** ولا توضع على الرهبان جمع راهب وقد يقال هو للواحد رهبان ايضا و شرطه ان لا يخالط الناس ومن خالط منهم فعليه الجزية هكذا ذكر القدوري وذكر محمد رح عن ابي حنيفة رح انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف رح ووجه الوضع انه الذي ضيع القدرة على العمل فصار كتعطيل ارض الخراج من الزراعة ووجه وضع الجزية عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا يخفى ان هذا اصل الشافعي رح على ما تقدم انها عندنا بدل من نصرتهم التي فاتت بالكفر وعنده بدل من القتل فافاد صحة هذا الاعتبار عندنا ولكنه ليس هو المعتبر فقط بل المجموع منه ومن كونه خلفا عن نصرتهم ايانا فمتى تخلف احدهما انتفى وجوبها وعن محمد رح لا جزية على المسكين قيل يجوز انه اراد من لا يقدر على العمل منهم فيكون اتفاقا ويجوز ان يقول هو لا يخالط الناس ومن لا يخالط الناس لا يقتل **قوله** ومن اسلم وعليه جزية بان اسلم بعد كمال السنة سقطت عنه وكذا اذا مات كافرا خلافا للشافعي رح فيهما وكذا لو مات في اثناء السنة او اسلم وفي اصح قولي الشافعي رح لا تسقط فيهما ايضا وعلى هذا الخلاف لو عمي او زمن او اقعد او صار شيخا كبيرا لا يستطيع العمل او افتقر بحيث لا يقدر على شيء لان الجزية وجبت بدلا عن العصمة التي تثبت للذمي بعقد الذمة كما هو قول الشافعي رح او بدلا عن السكنى في دار الاسلام كما هو قول آخر له وقد وصل اليه العوض وهو حقن دمه وسكناه الى الموت او الاسلام وصار بذلك مستوفيا للمبدل فيتقرر البدل دينا في ذمته فلا يسقط بهذا العارض الذي هو موته او اسلامه كسائر الديون من الاجرة والصلح عن دم العمد فيما لو قتل رجلا عمدا فصالح على مال ثم مات قبل ادائه ولنا ما اخرجه ابو داود والترمذي عن جرير عن قابوس بن ابي ظبيان عن ابيه عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية قال ابو داود وسئل سفيان الثوري عن هذا فقال يعني اذا اسلم فلا جزية عليه وباللفظ الذي فسره به سفيان الثوري رواه الطبراني في معجمه الاوسط عن ابن عمر رض عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اسلم فلا جزية عليه وضعف ابن القطان قابوسا وليس قابوس في سند الطبراني فهذا بعمومه يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل اسلامه بل هو المراد بخصوصه لانه موضع الفائدة اذ عدم الجزية على المسلم ابتداء من ضروريات الدين فالاخبار به عري عن الفائدة ليس كالاخبار بسقوطها في حال البقاء وهذا يخص السقوط بالاسلام والوجه يعم موته واسلامه وبهذا الحديث ونحوه اجمع المسلمون على سقوط الجزية بالاسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق

ولأنها وجبت بدلا عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الإسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لإيجاب بدل العصمة والسكنى وإن اجتمعت عليه الحولان تداخلت الجزيتان وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يؤخذ منه وهو قول الشافعي وإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذلك إن مات في بعض السنة أما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية أن الخراج وجب عوضا والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها تستوفى وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر استيفاؤه ولأبي حنيفة أنها وجبت عقوبة على الإصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث بها على يد نائبه في أصح الروايات بل يكلف أن يأتي بها بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول أعط الجزية يا ذمي فثبت أنه عقوبة والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولأنها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي لأن القتل إنما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لأن الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول محمد في الجامع الصغير وجاءت سنة أخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند أبي حنيفة بأول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي في آخره اعتبارا بالزكاة ولنا أن ما وجب بدلا عنه لا يتحقق إلا في المستقبل على ما قررناه فتعذر إيجابه بعد مضي الحول فأوجبناه في أوله

أو كل منهما عقوبة على الكفر ثم لا يرتفع الاسترقاق بالإسلام وكذا خراج الأرض وترتفع الجزية لأن كلا منهما محل الإجماع فإن عقلت حكمة في ذلك وإلا وجب الاتباع على أن الفرق بين خراج الأرض والجزية واضح إذ لا إذلال في خراج الأرض لأنه مؤنة الأرض كي تبقى في أيدينا والمسلم من سعى في بقائها للمسلمين بخلاف الجزية لأنها ذل كما هو شعار وأما الاسترقاق فلأن إسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين بخلاف الجزية فإنه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق للعموم والحق الخاص فضلا عن العام ليس كالملك الخاص **قوله** ولأنها أي الجزية إنما وجبت عقوبة عن الكفر ولهذا سميت جزية وهي والجزاء واحد وهو يقال على الثواب بسبب الطاعة وعلى العقوبة بسبب المعصية ولا شك في انتفاء الأول ولذا أخذت بطريق الإذلال بل هذا ضروري من الدين فتعين أنها عقوبة على معصية الكفر دنيوية لا بدل معاوضة كما ظنه فتسقط بالإسلام ولا تقام بعد الموت ولهذا لا يضرب من سبق موته إقامة حد ثبت عليه ولأن العقوبة الدنيوية لا يكون إلا لدفع شره في الدنيا بحسب ما يكون ذلك الشر والشر الذي يتوقع بسبب الكفر الحرابة والفتنة عن الدين الحق وقد اندفع بالموت والإسلام وهذا لا ينافي كونها بدلا أي خلفا عن النصرة لنا فكانت عقوبة وتقويته على كفره الذي هو سبب حرابته دفعا لما يصنع يأخذ منه بدلا من نصرته الفائتة بكفره وإذا كانت خلفا عن النصرة انتفت بالإسلام لأن شرط الخلف عدم القدرة على الأصل وقد قدر عليها بالإسلام وأما قوله إنها بدل عن العصمة فهي ثابتة بالآدمية على ما تقدم من ثبوتها ضرورة تمكنه من فعل ما كلف به لولا ظهور خلافه منه فلا يكون ثبوتها بقبول الجزية وقوله بدلا عن السكنى قلنا الذمي يسكن ملك نفسه فلا يكون أجرة ولأنه بعقد الذمة صار من أهل الدار فلا يؤخذ منه بدل تمكينه من الإقامة بها والأحسن ترك الكلام في إبطال الأمرين فإن العصمة الأصلية زالت بالكفر وهذه عصمة متجددة بالعصمة ويكفي ما ذكرنا من دلالة أنها عقوبة جزاء ثم تثبت العصمة بها لتمكن إقامتها وهذا لأنها عقوبة مستمرة لاستمرار السبب وهو كفره الداعي إلى حرابته ولا تمكن من إقامة هذه العقوبة على الاستمرار إلا بالعصمة **قوله** فإن اجتمعت عليه الحولان تداخلت أي الجزية أنث فعل الحولين لتأويله بالسنتين ولا داعي إلى ذلك من أول الأمر وتقدير مضاف أي جزيتا حولين ولفظ القدوري فيما ذكره الأقطع وإن اجتمع عليه حولان **قوله** وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت السنة الأخرى لم يؤخذ منه وهذا عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ منه فإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذا إن مات في بعض السنة أما مسألة الموت فقد ذكرناها **قوله** وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف فإذا مضت سنون لم يؤخذ منه خراجها حينئذ عنده وعندهما يؤخذ منه ما مضى **قوله** وقيل لا تداخل فيه فيؤخذ ما مضى بالاتفاق لهما في الخلافية وهي تداخل الجزية أن الخراج أي الجزية لأنها خراج الرأس وجب عوضا والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها على الوجه المأمور به تستوفى وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين لأنه ما دام كافرا أمكن استيفاؤه على وجه الصغار والإذلال له بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر استيفاؤه ولأن المسلم لا يجب إذلاله بل يجب توقيره وأنت تعلم أن كونها وجبت عوضا وكون المتخلص فيها أعواضا خلاف ما تقدم وأنه يقول الشافعي ره اللائق فإنه أريد بالأعواض لا الجزية الواقعة عقوبة ثم عليها وجه أبي حنيفة ره القائل والعقوبات تتداخل حتى قلنا بتداخل كفارات الإفطار في رمضان مع أنها عقوبة وعبادة وغير أن الراجح فيها جهة العقوبة فكيف بالعقوبة المحضة والجزية عقوبة محضة **قوله** ولهذا إلخ استيضاح على أنها عقوبة يعني لو بعث بها على يد نائبه لا تقبل منه في أصح الروايات بل يكلف أن يأتي بها بنفسه فيعطي قائما والقابض جالس وفي رواية يأخذ بتلبيبه

فصل ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة فى دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء فى الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائمة ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث فى الحقيقة والصومعة للتخلى فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة فى البيت لانه تبع للسكنى وهذا فى الامصار دون القرى لان الامصار هى التى تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها وقيل فى ديارنا يمنعون من ذلك فى القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر والمروى عن صاحب المذهب فى قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة

وهو مايلى صدره من ثيابه ويقول اعط الجزية يا ذمى وقبولها من النائب يفوت المامور به من اذلاله عند الاعطاء قال الله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ومن وجه آخر انما وجبت بدلا عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا كما ذكرنا لكن يعنى عن القتل فى المستقبل والنصرة فى المستقبل لان القتل انما يستوجب بحراب قائم فى الحال لا بحراب ماض وكذا النصرة فى المستقبل لان الماضى وقعت الغنية عنه بانقضائه انقضت الحاجة فيه الى شئ من الاشياء وفى المبسوط ولان المقصود ليس هو المال بل استدلال الكافر واستصغاره وبهذا المقصود يحصل باستيفاء جزية واحدة ثم قول محمد فى الجامع جاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ على المضى السنة مجازا فقال بالوجوب بآخر السنة فلا بد من المضى ليتحقق الاجتماع فى الحولين او فى الجزيتين فتتداخل وعند البعض هو يجرى على حقيقته وهو ان يراد دخول اول السنة فان مجئ الشهر بمجئ اوله ومجئ السنة بمجئ اولها والاصح هو هذا فالوجوب عندنا باول السنة وعند الشافعى فى آخره اعتبارا بالزكوة ولنا انما وجبت الجزية بدلا عنه وعن النصرة والقتل يتحقق الا فى المستقبل على ما قررناه من ان القتل انما يستوجب بالحراب القائم فى الحال دفعا للشر عن المسلمين وبدلا عن نصرتهم وانما يحتاج الى ذلك فى المستقبل بخلاف الزكوة لان الوجوب فى المال النامى فلا بد من الحول ليتحقق الاستيفاء فلم يجب قبله لعدم تمامه وبذلك قبله ثم اقيم الحول مقام النماء لانه المكن من تحصيل المال به ناميا تقديرا

فصل لما كانت هذه احكام تتعلق بالذمى باعتبار غيره وما مضى باعتبار نفسه قدم تلك **قوله** ولا يجوز احداث بيعة بكسر الباء ولا كنيسة فى دار الاسلام وهما متعبد اليهود والنصارى ثم غلبت الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وفى ديار مصر لا يستعمل لفظ البيعة والكنيسة لمتعبد الفريقين ولفظ الدير للنصارى خاصة وقيد المصنف عموم دار الاسلام بالامصار دون القرى لان الامصار هى التى تقام فيها الشعائر فلا تعارض فيها بالاظهار بما يخالفها فلا يجوز بخلاف القرى ثم ذكر ان فى قرى ديارنا ايضا لا تحدث فى هذا الزمان والمروى عن صاحب المذهب يعنى ابا حنيفة كان فى قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل ذمة بخلاف قرى المسلمين اليوم ولذا قال شمس الائمة فى شرحه كتاب الاجارات الاصح عندى انهم يمنعون عن ذلك فى السواد وان كان فى السير الكبير قال ان كانت قرية غالب اهلها اهل الذمة لا يمنعون واما القرى التى سكنها المسلمون اختلف المشايخ فيها على ما ذكرنا فصار الطلاق منع الاحداث هو المختار فصدق تعميم القدورى منعها فى دار الاسلام والصومعة وهو بناء مبنى للتخلى عن الناس والانقطاع فيها لهم مثلها فيمنع ايضا وكذا يمنع بيت نار ثم قال القدورى وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها قال لان الابنية لا تبقى دائما ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة ضمنا غير انهم لا يمكنون من نقلها من مكان الى آخر لانه احداث فى ذلك المكان المنقول اليه فلا يجوز وفى هذا التعليل اشارة الى ان ذلك اذا كان باقرار الامام اياهم على ذلك وذلك اذا صالحهم على اقرارهم على اراضيهم سواء كان اما فى زمن الصحابة رضى الله عنهم او التابعين او بعدهم قيل امصار المسلمين ثلاثة احدها ما مصره المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط فلا يجوز فيها احداث بيعة وكنيسة ولا مجتمع لصلاتهم ولا صومعة باجماع اهل العلم ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنازير وضرب الناقوس وثانيها ما فتح المسلمون عنوة فلا يجوز فيها احداث شئ بالاجماع وما كان فيها شئ من ذلك هل يجب هدمه فقال مالك والشافعى فى قول واحمد فى رواية يجب وعندنا ان جعلهم ذمة امرهم ان يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلوتهم فيها ولكن لا تهدم وهو قول الشافعى ورواية عن احمد لان الصحابة رضى الله عنهم فتحوا كثيرا من البلاد عنوة ولم يهدموا كنيسة ولا ديرا ولم ينقل ذلك قط وثالثها ما فتح صلحا فان صالحهم على ان الارض لهم ولنا الخراج جاز احداثهم وان صالحهم على ان الدار لنا ويؤدون الجزية فالحكم فى الكنائس على ما يقع عليه الصلح فان صالحهم على شرط تمكين الاحداث لا يمنعهم الا ان الاولى ان لا يصالحهم الا على ما وقع عليه صلح عمر رضى الله عنه من عدم احداث شئ منها ويمنعون

وفي أرض العرب يمنعون من ذلك في أمصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب

من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنازير بالإجماع انتهى. وقوله يمنعون من شرب الخمر معناه أي التجاهر أي إظهاره. وفي المحيط لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لا يمنع انتهى. وقال محمد رحمه الله كل قرية من قرى أهل الذمة أظهروا فيها شيئا من الفسق مثل الزنا والفواحش التي يحرمونها في دينهم يمنعون منه وكذا المزامير والطنابير والغناء ومن كسر شيئا من ذلك لم يضمن. واعلم أن البيع والكنائس القديمة في السواد لا تهدم على الروايات كلها وأما في الأمصار فاختلف كلام محمد فذكر في العشر والخراج تهدم القديمة وذكر في الإجارة أنها لا تهدم وعمل الناس على هذا فإنا رأينا كثيرا منها توالت عليها أئمة وأزمان وهي باقية لم يأمر إمام بهدمها فكان متوارثا من عهد الصحابة رضي الله عنهم. وعلى هذا لو مصرنا برية فيها دير أو كنيسة فوقع في داخل السور ينبغي أن لا يهدم لأنه كان مستحقا للأمان قبل وضع السور فيحمل ما في جوف القاهرة من الكنائس على ذلك فإنها كانت فضاء فأدار العبيديون عليها السور ثم فيها الآن كنائس ويبعد من إمام تمكين الكفار من إحداثها جهارا في جوف المدن الإسلامية فالظاهر أنها كانت في الضواحي فأدير السور فأحاط بها وعلى هذا فالكنائس الموجودة الآن في دار الإسلام غير جزيرة العرب كلها ينبغي أن لا تهدم لأنها إن كانت في أمصار قديمة فلا شك أن الصحابة رضي الله عنهم والتابعين حين فتحوا المدينة علموا بها وبقوها وبعد ذلك ينظر فإن كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بأنهم بقوها مساكن لا معابد فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب وإن عرف أنها فتحت صلحا حكمنا بأنهم أقروها معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الإظهار فانظر إلى قول الكرخي إذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك فليصنعوا في كنائسهم القديمة من ذلك ما أحبوا فأما أن يخرجوا ذلك من الكنائس حتى يظهر في المصر فليس لهم ذلك ولكن يخرجوا خفية من كنائسهم. واستدل المصنف على عدم الخلاف بقوله عليه الصلاة والسلام لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة قال المصنف المراد إحداثها ولو بدل لأن أبنية قد تحققت كثيرا من الصحابة رضي الله عنهم في الصلح وفي رواية البيهقي تصريح بذلك في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الإسلام ولا بنيان كنيسة وضعفه ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام ثنا عبد الله بن صالح ثنا الليث بن سعد حدثني توبة بن نمير الحضرمي قاضي مصر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة وقال روى أبو الأسود عن ابن لهيعة عن يزيد بن حبيب عن أبي الخير قال قال عمر بن الخطاب لا كنيسة في الإسلام ولا خصاء وروى ابن عدي في الكامل بسنده إلى عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبنى كنيسة في الإسلام ولا يجدد ما خرب منها وأعل بسعيد بن سنان وإذا تعددت الطرق الضعيفة يصير حسنا ثم قيل المراد بالخصاء نزع الخصيتين وقيل كناية عن التخلي عن إتيان النساء قوله

وفي أرض العرب يمنعون من ذلك في أمصارها وقراها فلا يحدث فيها كنيسة ولا تقر لأنهم لا يمكنون من السكنى فيها فلا فائدة في إقرارها إلا أن تتخذ للسكنى ولا يباع فيها خمر ولا في قرية منها ولا في ماء من مياه العرب ويمنعون من أن تتخذ أرض العرب مسكنا أو وطنا بخلاف أمصار المسلمين التي ليست في جزيرة العرب يمكنون من سكناه ولا خلاف في ذلك وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب أخرج إسحاق بن راهويه في مسنده أنبأنا النضر بن شميل ثنا صالح بن أبي الأخضر حدثني الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في مرضه الذي مات فيه لا يجتمع دينان في جزيرة العرب ورواه عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع بأرض العرب أو قال بأرض الحجاز دينان ورواه في الزكاة وزاد فيه فقال عمر لليهود من كان منكم عنده عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم فليأت به وإلا فإني مجليكم قال فأجلاهم عمر رضي الله عنه وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك في مرض موته قال الدارقطني في علله هذا صحيح ورواه مالك في الموطأ قال مالك قال ابن شهاب ففحص عمر رضي الله عنه عن ذلك حتى أتاه اليقين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجتمع دينان في جزيرة العرب فأجلى يهود خيبر وأجلى يهود نجران

قال: ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح. وفي الجامع الصغير ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات والركوب على السروج التي هي كهيئة الأكف، وإنما يؤخذون بذلك إظهاراً للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين، ولأن المسلم يكرم والذمي يهان ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق، فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز. والعلامة يجب أن يكون خيطاً غليظاً من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الإبريسم فإنه جفاء في حق أهل الإسلام. ويجب أن يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة. قالوا: الأحق أن لا يتركوا أن يركبوا إلا للضرورة، وإذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين، فإن لزمت الضرورة اتخذوا سروجاً بالصفة التي تقدمت، ويمنعون عن لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف. ومن امتنع من الجزية أو قتل مسلماً أو سب النبي عليه السلام أو زنى بمسلمة لم ينتقض عهده، لأن الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أداؤها والالتزام باق. وقال الشافعي: سب النبي عليه السلام يكون نقضاً لأنه لو كان مسلماً يقتل به، فلا ينقض ما إذ عقد الذمة خلف عنه. ولنا أن سب النبي عليه السلام كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه.

وفدك. وفي صحيح البخاري ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنه لما اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه قال أخرجوا المشركين من جزيرة العرب. وجزيرة العرب من أقصى عدن أبين إلى ريف العراق في الطول، وأما العرض فمن جدة وما والاها من ساحل البحر إلى أطراف الشام، وسميت جزيرة لانزجار المياه التي حوالها عنها كبحر البصرة وعمان وعدن والفرات، وقيل لأن حوالها بحر الحبش وبحر فارس ودجلة والفرات. وقال الزهري سميت جزيرة لأن بحر فارس وبحر السودان أحاطا بجانبها الجنوبي وأحاط بالجانب الشمالي دجلة والفرات. وقال المنذري في مختصره قال مالك: جزيرة العرب المدينة نفسها، وروي أنها الحجاز واليمن واليمامة، وحكى البخاري عن المغيرة قال هي أرض مكة والمدينة. قوله ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم وفي مراكبهم وسروجهم وقلانسهم. حاصل هذا أن أهل الذمة لما كانوا مخالطين لأهل الإسلام فلا بد مما يتميز به المسلم من الكافر كيلا يعامل معاملة المسلم في التوقير والإجلال وذلك لا يجوز، وربما يموت أحدهم فجأة في الطريق فلا يعرف فيصلى عليه، بخلاف يهود المدينة لم يأمرهم النبي عليه السلام بذلك لأنهم كانوا معروفين بأعيانهم بجميع أهل المدينة ولم يكن لهم زي عال عن المسلمين. وإذا وجب التميز وجب أن يكون فيه صغار لا إعزاز، لأن إذلالهم لازم بغير أذى من ضرب أو صفع بلا سبب يكون منه، بل المراد اتصافهم بهيئة وضيعة، ولذا أمروا بالكستيجات وهو خيط غليظ بقدر الأصبع من الصوف يشده فوق ثيابه دون الزنار من الإبريسم لأن فيه جفاء للمسلمين أي إغلاظاً عليهم وهو من حسن العشرة معهم، ولدفع الضرر عن ضعفة المسلمين في الدين، وربما مر فقير جاهل فيقولون الكفار أحسن حالاً منا فإنهم في خفض عيش ونعمة ونحن في كد وتعب، وإليه إشارة بقوله تعالى ﴿ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفاً من فضة ومعارج عليها يظهرون﴾ تنبيهاً على خسة الدنيا عند الله عز وجل، وإذا منع حاشية رقيقة من الإبريسم فمنعهم من لبس الثياب الفاخرة التي تعد عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريراً أو غيره كالصوف الرقيق والإبراد الرقيق أولى، ولا شك في وقوع خلاف هذا في هذه الديار، ولا شك في منع استكتابهم وإدخالهم في المباشرة التي يكون بها معظماً عند المسلمين، بل ربما يقف بعض المسلمين خدمة له خوفاً من أن يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له منه الضرر. وكذا يؤخذون بالركوب على سروج فوق الحمر كهيئة الأكف أو قريباً منه ولا يركبون الخيل بل المختار أن لا يركبوا إلا إذا خرجوا إلى أرض قرية ونحوه أو كان مريضاً إلا أن تلزم الضرورة فيركب ثم ينزل في مجامع المسلمين إذا مر بهم، ولا يحملون السلاح ويضيق عليهم الطريق ولا يبدؤون بالسلام ويرد عليه بقوله وعليكم فقط. وإذا عرف أن المقصود العلامة فلا يتعين ما ذكر بل يعتبر في كل بلد ما يتعارفه أهله، وفي بلادنا جعلت العلامة في العمامة فألزموا النصارى العمامة الزرقاء واليهود العمامة الصفراء واختص المسلمون بالبيضاء، وكذا تؤخذ نساؤهم بالزي في الطريق فيجعل على ملاءة اليهودية صفراء وعلى النصرانية زرقاء، وكذا في الحمامات، وكذا تميز دورهم عن دور المسلمين كيلا يقف سائل فيدعو لهم بالمغفرة أو يعاملهم بالتضرع كما يتضرع للمسلمين، ويمنعون من لباس يختص بأهل العلم والزهد والشرف، وتجعل مكاعبهم خشنة فاسدة اللون، ولا يلبسوا طيالسة كطيالسة المسلمين ولا أردية كأرديتهم، هكذا أمروا واتفقت الصحابة على ذلك. قوله ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلماً أو زنى بمسلمة أو سب النبي صلى الله عليه وسلم لم ينتقض عهده فيصير مباح الدم باعتبار أنه حربي عندنا، وقيد بأدائها لأنه لو امتنع من قبولها انتقض عهده. والشافعي ينتقض عهده بالامتناع عن أداء الجزية وعدم قبول أحكام الإسلام ولا ينتقض بزناه بمسلمة لو أن يصيبها باسم نكاح أو أن يفتن مسلماً عن دينه أو يقطع الطريق أو تدل على عورات المسلمين أو يقتل مسلماً وهو قول مالك وأحمد، إلا أن مالكاً قال ينتقض بإكراه المسلمة على الزنا لأنه ينقض عهده بذلك وفيما سواه وهو سب النبي صلى الله عليه وسلم فإنه يقتل به إن لم يسلم ووافقه

قال ولا ينقض العهد الا ان يلحق بدار الحرب او يغلبوا على موضع فيحاربونا لانهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب واذا انقض العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وكذا في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد

فصل ونصارى بنى تغلب يؤخذ من اموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة لان عمر رضه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رضه ويؤخذ من نساءهم ولا يؤخذ من صبيانهم لان الصلح وقع على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر رحه لا يؤخذ من نساءهم ايضا وهو قول الشافعى رحه لانه جزية فى الحقيقة على ما قال عمر رضه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية الا ترى انه لا يراعى فيه شرائطها

هي بها الشافعى رحه فى قول واحمد فى رواية وللشافعى رحه ايضا فيما اذا ذكره تعالى بما لا ينبغى او سبه عليه السلام قولان آخران احدهما لا ينتقض والآخر ينتقض وجه قوله هذا انه بذلك ينتقض ايمانه لو كان مسلما فينتقض به امانه الادنى اذ عقد الذمة خلف عن الايمان فى افادته الامان فلما انتقض الاصل ينتقض الخلف بالطريق الاولى وروى ابو يوسف عن حفص بن عبد الله عن ابن عمر رضه ان رجلا قال له سمعت راهبا سب النبى صلى الله عليه وسلم فقال لو سمعته لقتلته انا لم نعطهم العهود على هذا قال المصنف ولنا ان سبه عليه الصلوة والسلام كفر من الذمى كما هو ردة من المسلم والكفر المقارن لعقد الذمة لا يمنع عقد الذمة فى الابتداء فالكفر الطارى لا يرفعه فى حال البقاء بالطريق الاولى يؤيده ما روى عن عائشة رضه ان رهطا من اليهود دخلوا على النبى عليه الصلوة والسلام فقالوا السام عليك فقال وعليكم قالت ففهمتها فقلت عليكم السام واللعنة فقال صلى الله عليه وسلم مهلا يا عائشة فان الله يحب الرفق فى الامر كله قالت فقلت يا رسول الله الم تسمع ما قالوا قال عم قد قلت وعليكم ولا شك ان هذا سب منهم له عليه الصلوة والسلام ولو كان نقضا للعهد لقتلهم لصيرورتهم حربيين قال وحديث ابن عمر رضه اسناده ضعيف وجاز ان يكون قد شرط عليهم ان لا يظهروا سبه عليه الصلوة والسلام والذى عندى ان سبه عليه الصلوة والسلام او نسبة ما لا ينبغى الى الله تعالى ان كان مما لا يعتقدونه كنسبة الولد الى الله تعالى تقدس عن ذلك اذا اظهره يقتل به وينتقض عهده وان لم يظهره ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا وهذا لان دفع القتل والقتال عنهم بقبول الجزية الذى هو المراد بالاعطاء مقيد بكونهم صاغرين اذلاء بالنص ولا خلاف ان المراد استمرار ذلك لا عند مجرد القبول واظهار ذلك منه ينافى قيد كون قبول الجزية دافعا لقتله لانه الغاية فى التمرد وعدم الالتفات والاستخفاف بالاسلام والمسلمين فلا يكون جاريا على العقد الذى يدفع عنه القتل وهو ان يكون صاغرا ذليلا واما اليهود المذكورون فى حديث عائشة رضه فلم يكونوا اهل ذمة بمعنى اعطائهم الجزية بل كانوا اصحاب موادعة بلا مال يؤخذ منهم دفعا لشرهم الى ان امكن الله منهم لانه لم توضع جزية قط على اليهود المجاورين من قريظة والنضير وهذا البحث منا يوجب انه اذا استعلى على المسلمين على وجه صار متمردا عليهم حل للامام قتله او يرجع الى الذل والصغار قوله ولا ينقض عهده الا ان يلحق بدار الحرب او يغلبوا اهل الذمة على موضع قرية او حصين فيحاربونا لانهم بكل من الفعلتين صاروا حربا علينا وعقد الذمة ما كان الا لدفع شر حرابهم فيعرى عن الفائدة فلا يبقى فاذا انتقض عهده فحكمه حكم المرتد معناه فى الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات واذا تاب يقبل توبته وتعود ذمته ولا يبطل امان ذريته بنقض عهده وتبين منه زوجته الذمية التى خلفها فى دار الاسلام اجماعا ويقسم ماله بين ورثته وكذا فى حكم ما حمله من ماله الى دار الحرب لما ينتقض ولو ظهر على الدار يكون فيئا لعامة المسلمين كالمرتد اذا لحق بماله ولو لحق بدار الحرب ثم عاد الى دار الاسلام فاخذ من ماله وادخله دار الحرب ثم ظهر على الدار فالوارث احق به قبل القسمة مجانا وبعد القسمة بالقيمة لان الملك لهم حين اخذه فان عاد بعد الحكم باللحاق ففى وليه يكون فيئا فى رواية لانه لا يبعد ان ينتقل الى المكان الذى تغلبوا فيه كانتقاله الى دار الحرب ان لم تكن متاخمة لدار الاسلام بالاتفاق وان كانت على قولهما وقوله الا انه لو اسر يسترق استثناء من قوله هو بمنزلة المرتد بخلاف المرتد اذا لحق ثم ظهر على الدار فاسر لا يسترق بل يقتل ان لم يسلم وكذا يجوز وضع الجزية عليه اذا عاد بعد نقضه وقبلها لانه ما كان التزم بالذمة الاسلام بل احكامه فجاز ان يعود الى الذمة بخلاف المرتد التزم الاسلام فلا بد ان يعود اليه اما اذا لم يعد ولم يقبلها حتى اخذ بعد الظهور فقد استرق فلا يتصور منه جزية

فصل اقرد احكام نصارى بنى تغلب بفصل لان حكمهم يخالف لسائر النصارى وتغلب بن وائل من العرب من ربيعة تنصروا فى الجاهلية فلما جاء الاسلام

النبى — لشتمهم — يقبل — بنو

ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي وقال زفر يضاعف لقوله عليه السلام ان مولى القوم منهم

الا ترى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان

نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغني

من اهلها وانما الغني مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه

ثم زمن عمر رضي دعاهم عمر رضي الى الجزية فابوا وانفوا وقالوا نحن عرب خذ منا كما ياخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال لا اخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة يا امير المؤمنين ان القوم لهم باس شديد وهم عرب يانفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضي في طلبهم فضعف عليهم فاجمع الصحابة رضي على ذلك ثم الفقهاء وفي رواية ابي يوسف رح بسنده الى داؤد بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي انه قال لعمر رضي ان بني تغلب الحديث الى ان قال فصالحهم عمر رضي على ان لا يغمسوا احدا من اولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم في الصدقة وعلى ان يسقط الجزية من رؤسهم انتهى ففي كل اربعين لهم شاتان ولا زيادة حتى يبلغ مائة وعشرين ففيها اربع شياه وعلى هذا في البقر والابل ثم اختلف الفقهاء هل هي جزية على التحقيق من كل وجه او لا فقيل من كل وجه فلا يؤخذ من المرأة والصبي فلو كانت للمرأة ماشية ونقود لا يؤخذ منها شيء وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح قال الكرخي رح وهذا الرواية اقيس وهو قول الشافعي رح لان الواجب بكتاب الله عليهم الجزية فاذا صالحوهم على مال جعل واقعا موقع المستحق ويؤيده قول عمر رضي هذه جزية سموها ما شئتم قال اصحابنا واحمد رح هو وان كان جزية في المعنى فهو واجب بشرائط الزكوة واسبابها اذ الصلح وقع على ذلك ولهذا لا يراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من النائب ويعطي جالسا ان شاء ولا يؤخذ بتلبيبه والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يخص الجزية والمراد من اهله من اهل ما يجب من المال في الصلح فيؤخذ بخلاف الصبي والمجنون لا يؤخذ من مواشيهم واموالهم لعدم وجوب الزكوة عليهم عندنا بخلاف ارضهم فيؤخذ خراجها لانها وظيفة الارض بسبب عبادة ويخص الغالبين كنفقة عبيدهم وحاصل ما ذكر فقيد انه روعي في هذا المال جهة الجزية في المصرف وفيما سوى ذلك روعي جهة الزكوة اما الاول فلانها حقيقة الجزية واما الثاني فلان ما وقع عليه الصلح لا غير وهذه الجزية التي وجبت بالصلح وقد علمت ان الجزية قسمان قسم يجب بالصلح فيتعين على الوجه الذي وقع عليه الصلح كيف ما وقع والذي يراعى فيه من وجب عليه وصفه وكميته هو الجزية التي يبتدئ الامام وضعها شاؤا او ابوا على ما تقدم قوله ويوضع على مولى التغلبي اي معتقه الخراج اي الجزية وخراج الارض وقال زفر رح يضاعف عليه ما يؤخذ من المسلمين كالتغلبي نفسه لقوله عليه الصلوة والسلام مولى القوم منهم وهذا الحديث استدل للشافعي في الزكوة على حرمان مولى الهاشمي الزكوة ولذا استدل به على التضعيف على مولى التغلبي وجميع الاحاديث المذكورة في هذا الفصل تقدم الكلام عليها في كتاب الزكوة من هذا الباب ولنا ان هذا اي وضع الصدقة المضاعفة تخفيف اذ لم يكن فيه وصف الصغار والذلة بل غبنهم في ذلك واستشفاقهم سواء والمولى لا يلحق بالاصل فيه اي في التخفيف الا يرى ان الاسلام اعلى اسباب التخفيف ولو كان لمسلم مولى نصراني وضعت عليه الجزية ولم يتعد اليه التخفيف الثابت بالاسلام فلان لا يتعدى التخفيف الثابت بوصف التغلبية اولى بخلاف حرمة الصدقات على الهاشمي لانه ليس تخفيفا بل تحريم والحرمات تثبت بالشبهات فالحق مولى الهاشمي به ونقض بمولى الغني تحرم الصدقة على معتقه ولم يتعد اليه فقال لا يلزم لان الغني من اهل الصدقة في الجملة الا يرى انه لو كان عاملا عليها اعطي كفايته منها وانما الغني مانع من الاسقاط عن المعطي له شرعا تحقق في حق سيده ولم يتحقق في المولى فخص السيد اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلا لشرفه وكرامته الفساخها ولذا لا يعطى منها لو كان عاملا فالحق به مولاه لان التكريم ان لا ينسب اليه تلك الاوساخ بنسبة فان قلت هذا تقديم للمعنى على النص وهو قوله عليه الصلوة والسلام مولى القوم منهم اجيب بان الحديث غير مجرى على عمومه بالاجماع فان مولى الهاشمي ليس بمنزلته في الكفاءة للهاشمية والامامة فكان عاما مخصوصا بالنسبة الى الكفاءة والامامة فيخص بالمعنى الذي ذكرناه ايضا وهو انه تخفيف فلا يتعدى بالنسبة للتضعيف

قال وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى
قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو
معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب ولا يتفرغون للقتال ومن مات في نصف السنة
فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي والله اعلم

باب احكام المرتدين

قال واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته

الى المولى الاسفل بدليل التخفيف بالاسلام فرجعنا الى المولى فخص كون المولى منهم بما فيه دفع نقيصة لما ان نقيصة المولى الاسفل يتسبب الى مولاه و
وجه آخر بان القياس ان لا يكون المولى منهم ولا ملزوما لاحكامهم لانه ليس منهم حقيقة وقد ورد الحديث في منع الزكوة وهو ما روي انه عليه
الصلوة والسلام استعمل ارقم بن ابي الارقم على الصدقات فاستتبع ابا رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلوة والسلام
ان الصدقة لا تحل لمحمد ولا لآل محمد فان موالي القوم منهم واذا علم عدم عمومه فليختص بسببه وهو الزكوة واما الجواب بان قيل لم يوافق
زفر احد من الفقهاء فقيل بل قوله مروي عن الشعبي قوله وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى
الامام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وهي مواضع مخافة العدو فيها من دار الاسلام وبناء القناطر والجسور وهي ما يوضع
ويرفع فوق الماء ليمر عليه بخلاف القنطرة فانه يحكم بناؤها ولا ترفع ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم وتدفع منه ارزاق
المقاتلة وذراريهم فانه تجب نفقتهم عليهم فلو لم يكفوها من بيت المال اشتغلوا بالكسب وتركوا الاستعداد للدفع وهذا لانه مال بيت المال لانه وصل
الى المسلمين من غير قتال ومال كذلك وهو مال بيت المال بخلاف الحاصل بسبب القتال فانه يقسم بين الغانمين ولا يوضع في بيت المال و
اذا كان مال بيت المال يصرف في مصالح المسلمين وهؤلاء عمالهم وزاد المعرفي التجنيس في علامة سبل ابي شجاع انه يعطى ايضا المعلمين والمتعلمين وبهذا يدخل
طلبة العلم بخلاف المذكور هنا لانه قبل ان يتاهل عامل لنفسه لكن ليعمل بعده للمسلمين قوله ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة و
ليس بدين ولكونه صلة سمي عطاء فلا يملك قبل القبض فلا يورث ويسقط بالموت وهذا لانه مات قبل تأكد حقه بمجيء وقت المطالبة والحق الضعيف لا يجري
فيه الارث كسهم الغازي في دار الحرب لا يورث بخلاف ما اذا تأكد سهمه بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة فانه يورث على ما اسلفنا وتقييد محمد بموته في
الجامع الصغير بنصف السنة ربما يشعر بانه اذا مات آخرها يعطى ورثته قالوا لا يجب ايضا ولكن يستحب لانه اوفى عناده اي تعبه في عمله للمسلمين فيستحب ان يعطى
وعلل شمس الائمة عدم وجوب اعطائه بعد ما تمت السنة ايضا بما ذكرنا في نصفها فقالوا انه لا يتأكد الحق بعد ما تمت السنة ايضا نظرا الى انه صلة فلا يملك قبل
القبض وهو يقتضي قصر الارث على حقيقة الارث والوجه يقتضي وجوب دفعه لورثته لان حقه تأكد بتمام عمله في السنة كما قلنا انه يورث سهم الغازي بعد الاحراز بدار الاسلام
فتأكد الحق حينئذ وان لم يثبت له ملك تقول فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وانما خص نصف السنة لان عند آخرها يستحب ان يصرف ذلك الى
ورثته واما قبل ذلك فلا اعلى قدر عنايته يقتضي ان يعطى حصته من العام ثم قيل رزق القاضي ومن في معناه يعطى في آخر السنة ولو اخذ في اولها ثم
مات او عزل قبل مضيها قيل يجب رد ما بقي وقيل على قياس تعجيل المرأة النفقة لا يجب وقال محمد رحمه الله احب الى رد الباقي كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها
فمات قبل التزوج لعدم حصول المقصود وعند ابي حنيفة هو صلة من وجه فينقطع حق الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة ذكره في جامع قاضيخان و
التمرتاشي والعطا هو ما يثبت في الديوان باسم كل ممن ذكرنا من المقاتلة وغيرهم وهو كالجامكية في عرفنا الا انها شهرية والعطا سنوية

باب احكام المرتدين لما فرغ من بيان احكام الكفر الاصلي شرع في بيان احكام الكفر الطاري والمرتد هو الراجع عن دين الاسلام
قوله واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة ابداها كشفت عنه لانه عساه اعترته اي عرضت له شبهة
فتزاح عنه ففيه دفع شره باحسن الامرين وهما القتل والاسلام واحسنهما الاسلام ولما كان ظاهر كلام القدوري وجوب العرض قال الا ان
العرض على ما قالوا اي المشائخ غير واجب بل مستحب لان الدعوة قد بلغته وعرض الاسلام هو الدعوة اليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة بل مستحبة

قال ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والا قتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام حرا كان او عبدا فان ابى قتل وتأويل الاول انه يستمهل فيمهل ثلثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح انه يستحب ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعي رح ان على الامام ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التأمل فقدرناه بالثلث ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تأخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفى لحصول المقصود

قوله ويحبس ثلثة ايام فان اسلم فيها والا قتل وهذا اللفظ ايضا من القدوري يوجب وجوب الانتظار ثلثة ايام على ما عرف من الاخبار في مثله فذكر عبارة الجامع وهو قوله وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل اي مكانه فانه يفيد انظاره الايام الثلثة غير واجبا ولا استحبابا وانما تعينت الثلثة لانها مدة ضربت لابلاء العذر بدليل حديث حبان بن منقذ في الخيار ثلثة ايام ضربت للتأمل لدفع الغبن وقصة موسى عليه السلام مع العبد الصالح ان سألتك عن شيء بعدها وهي الثالثة الى قوله تعالى قد بلغت من لدني عذرا وعن عمر رض ان رجلا اتاه من قبل ابي موسى فقال له هل من مغربة خبر فقال نعم رجل ارتد عن الاسلام فقتلناه فقال هلا حبستموه في بيت ثلثة ايام واطعمتموه في كل يوم رغيفا لعله يتوب ثم قال اللهم اني لم احضر ولم آمر ولم ارض اخرجه مالك في الموطا لكن ظاهر تبري عمر رض يقتضي الوجوب ثم قال المص تأويل الاول وهو قول القدوري الدال على وجوب امهاله الايام الثلثة انه يستمهل فيمهل وظاهر المبسوط الوجوب فانه قال اذا طلب التأجيل اجل ثلثة ايام لان الظاهر انه دخل عليه شبهة فعلينا ازالة تلك الشبهة او انه يحتاج الى التفكر ليتبين له الحق فلا بد من المهلة واذا استمهل كان على الامام ان يمهله ومدة النظر جعلت في الشرع ثلثة ايام كما في الخيار ثم قال في حديث عمر رض المذكور الدال على الوجوب تأويله انه لعله طلب التأجيل وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح انه يستحب ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعي رح ان على الامام ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل قتله قبلها لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا اذ لا بد من مدة يمكنه فيها التأمل فقدرناها بثلثة ايام لما ذكرنا والصحيح من قول الشافعي رح انه اذا تاب في الحال والا قتل لحديث معاذ وقوله عليه الصلوة والسلام من بدل دينه فاقتلوه من غير تقييد بانظار وهو اختيار ابن المنذر وهذا ان اريد به عدم وجوب الانظار فمذهبنا والاستدلال مشترك ومن الادلة ايضا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهذا كافر حربي وان كان اريد به نفي استحباب الامهال فنقول هذه الاوامر مطلقة وهي لا تقتضي الفور فيجوز التأخير على ما عرف ثم ثبت وجوبه بحديث عمر رض وقول المص وهذا لانه لا يجوز تأخير الواجب لامر موهوم ليس بجيد اذ يقتضي كراهة الامهال ثلثة ايام وهو خلاف المذهب ويخالف ما ذكرنا من ان الامر المطلق لا يقتضي الفور الا اذا خيف الفوات فان قيل لا نسلم ان الاوامر المذكورة مطلقة بل مفيدة للعموم للفاء في قوله فاقتلوه لانها تفيد للوصل والتعقيب قلنا تلك الفاء العاطفة وهي فاء السبب فان قيل فتفيد الوصل باعتبار ان المعلول لا يتأخر عن العلة قلنا المعلول هو الحكم الشرعي وهو فلا يتأخر عن علته المشيرة له وهو كفره واما ايجاب الامتثال عن الفور فشيء آخر فلا فرق في وجوب قتل المرتدين كون المرتد حرا او عبدا وان كان تضمين قتله ابطال حق المولى بالاجماع واطلاق الدلائل التي ذكرناها وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفى لحصول المقصود وقيل هو ان يقول تبت ورجعت الى دين الاسلام وانا بريء من كل دين غير دين الاسلام قيل لكن ينبغي ان يأتي بالشهادتين والاقرار بالبعث والنشور مستحب وبه قال الائمة الثلثة ولو تبرأ عما انتقل اليه كفى لحصول المقصود وفي شرح الطحاوي سئل ابو يوسف رح عن الرجل كيف يسلم فقال يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويقر بما جاء به من عند الله ويتبرأ عن الدين الذي انتحله وان شهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله وقال لم ادخل في هذا الدين قط وانا بريء منه اي من الدين الذي ارتد اليه فهي توبته انتهى وقوله قط يريد به معنى ابدا لان قط ظرف لما مضى لا لما يستقبل وفي شرح الطحاوي اسلام النصراني ان يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويتبرأ من النصرانية واليهودي كذلك يتبرأ من اليهودية وكذا في كل ملة واما مجرد الشهادتين فلا يكون مسلما لانهم يقولون بذلك غير انهم يدعون خصوص الرسالة الى العرب فيصدق انه رسول الله ولا يتم الاسلام به

قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان
لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب واما المرتدة فلا تقتل وقال الشافعي رح تقتل لما روينا ولان ردة
الرجل مبيحة للقتل من حيث انه جناية مغلظة فتناط بها عقوبة مغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركه في موجبها ولنا ان النبي
عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار الاخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر
ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال ولكن تحبس
حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد

هذا فيمن اظهر اسلامه وامامن في دار الحرب لو حمل عليه مسلم فقال محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم او قال دخلت في دين الاسلام او في دين محمد صلى الله عليه وسلم
فهو دليل اسلامه فكيف اذا اتى بالشهادتين لان في ذلك الوقت حقيقة من قوله هذا التبري من الاسلام الذي يدفع عنه القتل الحاضر فيحمل عليه
ويحكم به بمجرد ذلك فلو ارتد بعد ذلك قتلناه ولو ارتد بعد اسلامه ثانيا قبلنا توبته ايضا وكذا ثالثا ورابعا الا ان الكرخي رح قال فان عاد بعد الثالثة
يقتل ان لم يتب في الحال ولا يؤجل فان تاب ضربه ضربا وجيعا لا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال المخلص
فحينئذ يخلي سبيله فان عاد بعد ذلك فعل به كذلك ابدا ما دام يرجع الى الاسلام قال الكرخي رح هذا قول اصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب ابدا
وما ذكر الكرخي رح مروي في النوادر قال اذا تكرر ذلك منه يضرب ضربا مبرحا ثم يحبس الى ان تظهر توبته ورجوعه انتهى وذلك لاطلاق قوله تعالى
فان تابوا واقاموا الصلوة واتوا الزكوة فخلوا سبيلهم وعن عمر رض وعلي رض لا تقبل توبة من كرر ردته كالزنديق وهو قول مالك واحمد والليث رح
لقوله تعالى ان الذين امنوا ثم كفروا ثم امنوا ثم كفروا الاية قلنا رتب عدم المغفرة على شرط قوله ثم ازدادوا كفرا وفي الدراية قال في الزنديق
عن ابي حنيفة روايتان في رواية لا تقبل توبته كقول مالك واحمد رح وفي رواية تقبل كقول الشافعي رح وهذا في حق احكام الدنيا اما فيما بينه وبين الله عز وجل
اذا صدق قبله سبحانه وتعالى بلا خلاف وعن ابي يوسف رح انه لو فعل ذلك مرارا يقتل غيلة وتفسيره ان ينتظر فاذا اظهر كلمة الكفر قتل قبل ان يستتاب لانه
ظهر منه الاستخفاف وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستتابة جائز قوله فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه او قطع عضوا منه كره ذلك ولا شيء
على القاتل والقاطع لان الكفر مبيح وكل جناية على المرتد هدر ومعنى الكراهة ههنا ترك المستحب فهي كراهة تنزيه وعند من يقول بوجوب العرض كراهة تحريم وفي
شرح الطحاوي او فعل ذلك اي القتل والقطع بغير اذن الامام ادب قوله واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس ابدا حتى تسلم او تموت ولو قتلها قاتل لا شيء
عليه امة كانت او حرة ذكره في المبسوط ولم يذكر الضرب في الجامع الكبير ولا في ظاهر الرواية وروي عن ابي حنيفة رح انها تضرب في كل ايام وقدره
بعضهم بثلاثة وعن الحسن تضرب كل يوم تسعة وثلاثون سوطا الى ان تموت او تسلم ولم يخصه بحرة ولا امة وهذا قتل معنى لان موالاة الضرب يفضي اليه
ولذا قلنا فيمن اجتمع عليه حدود انه لا يقام عليه الحد الثاني ما لم يبرأ من الحد السابق كيلا يصير قتلا وهو غير مستحق ثم الامة تدفع الى مولاها فيحبسها
حيث السيد سواء طلب ذلك او لا في الصحيح ويتولى هو جبرها قال المص جمعا بين الحقين يعني حق الله وحق السيد في الاستخدام فانه لا تنافي
بخلاف العبد المرتد فانه لا فائدة في دفعه اليه لانه يقتل ولا يبقى ليمكن استخدامه ولا تسترق الحرة المرتدة ما دامت في دار الاسلام فان لحقت بدار الحرب فحينئذ
تسترق اذا سبيت وعن ابي حنيفة رح في النوادر تسترق في دار الاسلام ايضا قيل ولو افتي بهذه لا باس به فيمن كانت ذات زوج حسما لقصدها السيء
بالردة من اثبات الفرقة وينبغي ان يشتريها الزوج من الامام او يهبها الامام له اذا كان مصرفا لانها صارت بالردة فيئا للمسلمين لا يختص بها الزوج
فيملكها وتنفسخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الاسلام فيرتد ضرر قصدها عليها قيل وفي البلاد التي استولى عليها التتر واجروا
احكامهم فيها ويقول المسلمين كما وقع في خوارزم وغيرها اذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لانها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة الى
ان يشتريها من الامام وقد افتى الدبوسي والصفار واهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة ردا عليها وغيرهم مشوا في الظاهر ولكن حكموا بجبرها على
تجديد النكاح مع الزوج وتضرب خمسة وسبعين سوطا واختاره قاضيخان للفتوى وعند الائمة الثلاثة تقتل المرتدة واقتصر المص على خلاف
الشافعي رح قال لما روينا من قوله عليه الصلوة والسلام من بدل دينه فاقتلوه وهو حديث في صحيح البخاري وغيره قال ولان ردة الرجل مبيحة

وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت على حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل هذا العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه

للقتل من حيث انها جناية متغلظة هي جناية الكفر وجناية المرأة تشاركها فيها فيشاركها في موجبها وهو القتل ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء كما مر من الحديث الصحيح وهذا مطلق يعم الكافرة اصليا وعارضا وثبت تعليله عليه الصلاة والسلام بالعلة المنصوصة كما قدمناه في الحديث من عدم حرابها فكان مخصصا لعموم ما رواه بعد ان عمومه مخصص بمن بدل من الكفر الى الاسلام وما ذكر المعنى من المعنى بعد هذا زيادة بيان وهو ان الاصل في الاجزية ان يتأخر الى دار الجزاء وهي الدار الآخرة فانها الموضوعة للاجزية على الاعمال الموضوعة بهذه الدار لها فهذه دار اعمال وتلك دار جزائها وكل جزاء شرع في هذه الدار ما هو الا لمصالح تعود الينا في هذه الدار كالقصاص وحد القذف والشرب والزنا والسرقة شرعت لحفظ النفوس والاعراض والعقول والانساب والاموال فكذا يجب القتل بالردة ان يكون لدفع شر حرابه لا جزاء على فعل الكفر لان جزاءه اعظم من ذلك عند الله تعالى فيختص بمن يتأتى منه الحرب وهو الرجل ولهذا نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء وعلله بانها لم تكن تقاتل على ما سمع من الحديث فيما تقدم ولهذا قلنا لو كانت المرتدة ذات رأي وتبع تقتل لا للردة بل لانها حينئذ تسعى في الارض بالفساد وانما لانها تعنت عن اداء حق الله تعالى بعد ان اقرت به فتحبس كما في حقوق العباد وقد روى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة عن عاصم بن ابي النجود عن ابي رزين عن ابن عباس رض قال لا تقتل النساء اذا هن ارتددن عن الاسلام ولكن يحبسن ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه ذكره في المبسوط وقال ابن عباس رض قال في المرتدة تسلم او تحبس وعن للمسلم ميت وما ما رواه الدارقطني عن جابر عن امرأة يقال لها ام مروان ارتدت عن الاسلام فامر النبي صلى الله عليه وسلم ان يعرض عليها الاسلام فان تابت والا قتلت فضعيف بمعمر بن بكار وخرجه ايضا من طريق آخر عن جابر ولم يسم المرأة وزاد فعرض عليها فابت ان تسلم فقتلت وهو ضعيف بعبد الله بن اذينة قال ابن حبان لا يجوز الاحتجاج به بحال وقال الدارقطني في المؤتلف والمختلف انه متروك ورواه ابن عدي في الكامل قال عبد الله بن عطارد بن اذينة منكر الحديث وروى حديث آخر عن عائشة رض ارتدت امرأة يوم احد فامر عليه الصلاة والسلام ان تستتاب فان تابت والا قتلت وفي سنده محمد بن عبد الملك قالوا فيه يضع الحديث مع انها معارضة باحاديث آخر مثلها او امثل منها ما اخرجه الدارقطني عن ابي رزين عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتل المرأة اذا ارتدت وفيه عبد الله بن عيسى الجزري قال الدارقطني كذاب يضع الحديث واخرج ابن عدي في الكامل عن ابي هريرة رض ان امرأة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ارتدت فلم يقتلها وضعفه بحفص بن سليمان قال ابن عدي عامة ما يرويه غير محفوظ واخرج الطبراني في معجمه ثنا الحسين بن اسحق التستري ثنا هرم بن سعيد ثنا محمد بن سلمة الفزاري عن مكحول عن ابي طلحة اليعمري عن ابي ثعلبة الخشني عن معاذ بن جبل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه الى اليمن ايما رجل ارتد عن الاسلام فادعه فان تاب فاقبل منه وان لم يتب فاضرب عنقه وايما امرأة ارتدت عن الاسلام فادعها فان تابت فاقبل منها وان ابت فاستتبها وتقدم ما روي عن ابي حنيفة رح عن عاصم عن ابي رزين عن ابن عباس رض فيما اسنده الدارقطني عن ابن معين انه قال كان الثوري يعيب على ابي حنيفة رح حديثا كان يرويه عن عاصم عن ابي رزين لم يروه غير ابي حنيفة رح عن عاصم عن ابي رزين مدفوع بانه اخرجه الدارقطني عن ابي مالك النخعي عن عاصم فزال انفراد ابي حنيفة رح الذي ادعاه الثوري وروى عبد الرزاق عن عمر رض انه في المرأة ولد تغير ان تباع في ارض فاتت تؤخذ تباع في اهل دينها فبيعت في دومة الجندل من غير اهل دينها واخرج الدارقطني عن علي رض في المرتدة تستتاب ولا تقتل وضعف بخلاس قوله ويزول ملك المرتد عن املاكه زوالا مراعى

قال وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح كلاهما لورثته وقال الشافعي رح كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بينا فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده

موقوفا غير بات في الحال فان اسلم عادت امواله على حالها الاول وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه استقر موجب السبب وهو كونه كافرا حربيا محله مستندا الى وقت الردة كالمشتري بشرط الخيار يثبت ملكه عند الاجازة مستندا الى وقت البيع وجعله كخيار المجلس عند الشافعي رح تقتضي انه ملك بات ثم يرتفع بالخيار شرعا كالرجوع في الهبة وبه صرح بعض الشارحين ورد عليه ان لا معنى للزوال المراعى والموقوف لانه اما ان يزول او لا فاجيب بانه يزول ثم يعود بالاسلام وهذا ليس واقعا والا لم يستند الى ما قبله كالملك الراجع بالرجوع قالوا اي المشائخ هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يزول ملكه والاصح من قول الشافعي رح مثل قولهما وبه قال مالك واحمد في رواية وقولهما قول آخر للشافعي رح ووجهه انه مكلف محتاج ولا يتمكن من اقامة التكليف الا بالمال واثر الردة في اباحة دمه لا في زوال ملكه فما لم يقتل يبقى ملكه وصار كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص لا يزول ملكه ما لم يقتل ببقاء ملكه ولابي حنيفة رح انه كافر حربي مقهور تحت ايدينا الى ان يقتل والملك عبارة عن القدرة والاستيلاء على التصرف في المال ولا يكون ذلك الا بالعصمة وكونه حربيا يوجب زوال ملكه ومالكيته ومقتضى هذا ان يزول في الحال على البتات الا انه مدعو الى الاسلام ويرجى عوده اليه لانه كان ممن دخله وعرف محاسنه والانس به يسهل العود حفظه علينا الى الجنة بمنه وكرمه فالغالب على الظن عوده الى الاسلام فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وهو زوال الملك وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب عمله وان ثبت منه احد ما قلنا عمل عمله من وقت وجوده ولا يخفى ان الحرابة لا توجب انتفاء الملك بل زوال العصمة فان الحربي يملك غير انه مملوك لا عصمة له فاذا استولى عليه زال ملكه فيكون المرتد حربيا يصير ما يقتضي زوال عصمة نفسه وماله تبعا وهو لا ينفي قيام الملك في الحال فلا يوجب الحكم بالزوال مستندا ولهذا زاد قوله مقهورا تحت ايدينا فيكون ماله مستولى عليه واعلم ان حقيقة المراد بالردة يزول ملكه زوالا باتا فان استمر حتى مات حقيقة او حكما باللحاق استمر الزوال الثابت من وقت الردة فان عاد عاد الملك وهما منعا من الحكم بالزوال لان المال قط لا يعود فيقول ابو حنيفة رح ان الردة لما اقتضت الزوال والاجماع على انه ان عاد وماله قائم كان احق به وجب ان يعمل لهما فنقول بالردة يزول ثم بالعود يعود شرعا هذا وبعد اتفاقهما على عدم زوال ملكه قال الشيخ ابو نصر البغدادي ان ابا يوسف رح جعل تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص فيصير تبرعاته من جميع المال وجعله محمد بمنزلة المريض فيعتبر من الثلث وجه قول محمد رح انه في معرض التلف فهو اسوأ من المريض مالا وابو يوسف رح يقول المرتد يتمكن من دفع الهلاك بالاسلام والمريض عاجز عنه

قوله وان مات او قتل على ردته او حكم بلحاقه انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا لجماعة المسلمين يوضع في بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا كلا الكسبين لورثته وقال الشافعي رح ومالك رح واحمد رح كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر اجماعا فبقي مال حربي لا امان له لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه من انه مكلف محتاج الخ فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم وهذا لا ينقض على الشافعي رح الا اذا بيننا انه الاستناد وهو ان يقال الآن اخذ المسلم ذلك لا بطريق الارث بل بطريق الوراثة وهو الحكم باستناده شرعا الى ما قبيل ردته الا كان توريث الكافر من المسلم ويحمل الحديث الكافر الاصلي الذي لم يسبق له اسلام او نقول استحقاق المسلمين بسبب الاسلام والورثة ساووا المسلمين في ذلك وترجحوا بجهة القرابة وكانوا كقرابة ذات جهتين بالنسبة الى قرابة ذات جهة كالاخ الشقيق مع الاخ للاب قال الله تعالى افمن كان ميتا فاحييناه ولابي حنيفة رح ما قالاه في جهة التوريث الا انه انما يمكن في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة وهو الموت

ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقى وارثا الى وقت موته فى رواية عن ابى حنيفة رح اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل على ردته وهى فى العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة

فيستند الارث الى ما قبله وقد قلت ان بمجرد ردته زال ملكه فما اكتسبه بعد الردة لا يقع مملوكا له فلا يمكن استناد التوريث فيه الى ما قبل موته الحكمى اعنى الردة لانما يورث ما هو مملوك للميت عند الموت فيظهر ان الاختلاف بينه وبينهما فى توريث كسب الردة مبنى على الحكم الخلافى المتقدم وهو ان المرتد تزول املاكه بالردة المستمرة على ما حققنا عنده وعندهما لا يزول حتى يتحقق الموت الحقيقى او الحكمى باللحاق فاذا كان كذلك فما اكتسبه فى زمن الردة يكون مملوكا له ثم اذا تحقق الموت وقلنا بوجوب ارثهم اياه والغرض انه مال مملوكا فلا بد من ارثهم له ثم ثم يستند على استناده الى ما قبيل ردته فيلزم بالضرورة اعتبار كسبه ما اكتسب فى زمن الردة موجودا قبلها حكما لوجود سببه وهو نفس المرتد ان كان معدوما حسا **قوله** ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة بان كان حرا مسلما وبقى كذلك الى وقت موته او لحاقه فى رواية عن ابى حنيفة رح رواها عنه الحسن بن زياد وهذا الاعتبار للاستناد فى الارث فان المستند لا بد ان يثبت اولا ثم يستند فيجب ان يصادق عند ثبوته من هو بصفة استحقاق الارث وهو المسلم الحر وكذا عند استناده حتى لو اسلم بعض قرابته او ولد من علوق حادث بعد الردة لا يرثه على هذه الرواية وعنه انه يرثه ما كان وارثا عند الردة فقط من غير اشتراط البقائه بالصفة الى الموت وهذه رواية عن ابى يوسف رح عنه فلا يبطل استحقاقه اى استحقاق من كان وارثا عند الردة بعروض موت ذلك الوارث ان اورد ثبه بعد ردة ابيه بل اذا مات او ارتد يخلفه وارثه وهو وارث الوارث وعلى هذه الرواية قول الكرخى رح لان الردة بمنزلة الموت فيعتبر وقتها لاستحقاق الميراث وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت او اللحاق وهى رواية محمد رح عنه قال فى المبسوط وهذا اصح لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده الا ترى ان الولد الذى يحدث من المبيع بعد البيع قبل القبض يجعل كالموجود عند ابتداء العقد فى انه يصير معقودا عليه ويكون له حصة من الثمن الا انها غير مضمونة حتى لو هلك فى يد البائع قبل القبض بغير فعل احد هلك بغير شئ وبقى الثمن كله على البائع فلو كان من يحيث يرثه كافرا او عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل ان يموت او يلحق او اسلم ورثه وهو قول ابى يوسف رح ومحمد رح الا ان الكرخى رح حكى بينهما خلافا فى اللحاق فعند ابى يوسف رح يعتبر حال الوارث يوم الحكم باللحاق وعند محمد رح يوم اللحاق لا الحكم وجه ابى يوسف رح ان العارض يعنى الردة متصور زواله فتوقف ثبوت حكمه على القضاء وجه محمد رح ان باللحاق تزول العصمة والامان والذمة فى حق المستأمن والذمى فكان هذا بمنزلة المكاتب يموت ويترك وفاء فيؤدى الكتابة فانه يعتبر حال وارثه يوم مات لا حال اداء الكتابة وجوابه من قبل ابى يوسف رح ان اللحاق ليس حقيقة الموت المايوس عن ارتفاعه ليثبت الحكم به بلا قضاء بل فى حكمه لانقطاع ولايتنا عنه واحكامنا فلا يثبت به احكام الموت قبل ان يتأكد وذلك بالحكم به **قوله** وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل او لحق بدار الحرب وهى فى العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة وهذا لان الردة لما كانت سبب الموت وهى باختياره اشبهت الطلاق البائن فى مرض الموت وهو يوجب الارث اذا مات وهى فى العدة لانه فار ولو كان وقت الردة مريضا فلا اشكال فى ارثها وقد يقال كون الردة تشبه الطلاق فصار كانه يحيل بالردة كانه طلقها والغرض صحيح وطلاق الصحيح لا يوجب حكم الفرار والتحقيق ان يقال الردة كانه مرض الموت الموت باختياره بسبب المرض ثم هو باصراره على الكفر مختارا فى الاصرار الذى هو سبب القتل حتى قتل بمنزلة المطلق فى مرض الموت ثم يموت قتلا او حتف انفه او بلحاقه فيثبت حكم الفرار وروى ابو يوسف رح عن ابى حنيفة رح انه ترثه وان كانت منقضية العدة لانها كانت وارثة عند ردته وبه قال ابو يوسف رح وهو تفريع على رواية الاكتفاء بالتحقيق بصفة الوارث حالة الردة فقط وهى رواية ابى يوسف رح وما فى الكتاب على رواية الحسن من اعتبار

والمرتدة كسبها لورثتها لانه لاحراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رح ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لايرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد **قال** وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال الشافعي رح يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه صار باللحاق من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد رح لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره لقطع الاحتمال وقال ابو يوسف رح وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف

وبقائه بالصفة الى الموت او على رواية اعتباره وقت موته فقط بناء ا اشتراط قيام العدة يقتضي انها موطوءة ولا ارث لغير المدخولة فهو كذلك وذلك لان بمجرد الردة تبين غير المدخولة لا الى عدة فتصير اجنبية ولما لم تكن الردة موتا حقيقيا حتى ان المدخولة انما تعتد فيها بالحيض لا الاشهر لم ينتهض سببا للارث اذا لم يكن عند موت الزوج او محاذيه اثر من آثار النكاح لان الارث وان استند الى الردة لكن يتقرر عند الموت وهذا ايضا الاثر العدة فنفية عدتها **قوله** والمرتدة كسبها لورثتها لانه لاحراب منها اذ المرأة لاحراب منها سواء كانت كافرة اصلية او صارت كافرة فلم يوجد سبب الفيء وهو سقوط عصمة نفسها المستتبعة لسقوط عصمة مالها فيبقى كل من كسب اسلامها وردتها على ملكها فيرثها ورثتها بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رح فان كسبه في الردة فيء لكونه محاربا في الحال او في المال باللحاق فلا يملكه لكونه مال حربي مقهور تجب ابدا فلا يورث **قوله** ويرثها زوجها المسلم اذا كانت ارتدت وهي مريضة فماتت من ذلك المرض او لحقت بدار الحرب مع ذلك المرض لانها قصدت الفرار من ميراث الزوج بعد ما تعلق حقه بمالها بسبب مرضها بخلاف ما لو ارتدت وهي صحيحة فانها بردتها هذه لم تبطل له حقا متعلقا بمالها وبهذا التقرير فيه جعل ردتها كطلاقه فردتها في مرضها كطلاقه في مرضه وردتها في صحتها كطلاقه في صحته وبه لا يكون فارا اذا عرض له موت وهي في العدة بخلاف ما قررنا في جانب الرجل فان بردته في صحته ترث اذا عرض له موت فلو جعلت ردته كطلاقه بائنا كان مطلقا في صحته وعروض الموت للمطلق في صحته لا يوجب له حكم الفرار فلذا جعلنا ردته لمباشرته بسبب مرض موته ثم بالردة جعل مطلقا في مرضه واذا مات ثبت حكم الفرار **قوله** وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت ديونه المؤجلة ونقل ما اكتسبه في دار الاسلام الى ورثته المسلمين باتفاق علمائنا الثلاثة وكذا ما اكتسبه في ايام ردته على قولهما كما ثم ولا يفعل شيء من ذلك ما كان مقيما في دار الاسلام واما ما اوصى به في حال اسلامه فالمذكور في ظاهر الرواية من المبسوط وغيره انها تبطل مطلقا من غير فرق بين ما هو قربة وغير قربة ومن غير ذكر خلاف وذكر الولوالجي ان الاطلاق قوله وقولهما ان الوصية بغير القربة لا تبطل لان للبقاء الوصية حكم الابتداء وابتداء الوصية بغير القربة بعد الردة عندهما تصح وعند ابي حنيفة رح تتوقف فكذا هنا قيل واراد بالوصية بغير القربة الوصية للنائحة وللمغنية وقال الطحاوي لا يبطل شيء مما يصح الرجوع عنه وحمل اطلاق محمد رح لبطلان الوصية على وصية يصح الرجوع عنها ووجه البطلان مطلقا ان تنفيذ الوصية بحق الميت ولا حق له بعد ما قتل على الردة او لحقه بدار الحرب فكان ردته كرجوعه عن الوصية فلا يبطل ما لا يصح الرجوع عنه كالتدبير لان حق العتق ثبت للمدبر وبهذا عرف معنى تقييد الطحاوي الذي ذكرناه آنفا وقال الشافعي رح ومالك رح واحمد رح يبقى ماله موقوفا ويحفظه الحاكم الى ان يظهر موته ثم او يعود مسلما فيأخذه لانه اي اللحاق نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام وهذا لان الدار عندهم واحدة ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الزام احكامه عنهم كما هي منقطعة عن الموتى بخلاف الغيبة في بلد اخرى من دار الاسلام فان احكام الاسلام وولاية الزامنا ثابتة فيها فلا يلحق بذلك واذا صار اللحاق كالموت لا انه حقيقة الموت لا يستقر حتى يقضي به سابقا على القضاء بشيء من هذه الاحكام المذكورة في الصحيح لان القضاء بشيء منها يكفي بل يسبق القضاء باللحاق ثم تثبت الاحكام المذكورة ولكونها كالموت قلنا فاذا لحقت الحربية فلزوجها ان يتزوج باختها قبل انقضاء عدتها ولانه لا عدة على الحربية من المسلم لان في العدة حق الزوج وتباين الدارين مناف له ولو سبيت او عادت مسلمة لم يضر نكاح اختها لان العدة بعد ان سقطت لا تعود

وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمته في حال ردته من الديون تقضى مما اكتسبه في حال ردته قال العبد الضعيف عصمه الله هذه رواية عن ابي حنيفة وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام وان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب له الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب الذي في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه قال ابو يوسف ومحمد تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما والله اعلم قال وما باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او رهنه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية ... كالمعاوضة ... والمرتد مساو ... المسلم

ثم المعتبر في كون الوارث وارثا عند اللحاق في قول محمد لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال اي احتمال عوده اي اللحاق لا يوجب احكام الموت الا اذا كان امرا مستقرا وهو امر غير معلوم قبل القضاء به فيقرر وعند ابي يوسف يعتبر كونه وارثا وقت القضاء حتى لو كان من يحيث يرث وقت الردة كافرا او عبدا او وقت القضاء مسلما معتقا ورث عند ابي يوسف رح الا عند محمد رح وهذا لانه اي اللحاق انما يصير موتا بالقضاء لانه بمجرد غيبته فتقرر بالقضاء به ويتقرر ويصير موتا والارث يعتبر عند الموت وقد بينا تمام وجهي القولين والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف في ام

وعلى الاحكام التي ذكرناها من عتق مدبرها ولا مراتب اولادها **قوله** وتقضى ديونه التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وديونه التي لزمته في حال ردته وعلى هذا فان فضل من كسب الاسلام عن ديون الاسلام شئ ورثه الورثة والا لا يرثون شيئا ولو فضل عن ديون الردة شئ من كسب الردة عن ابي حنيفة رح انه لا يورث لانه لا يورث كسب الردة قال المصنف رح وهذا التفصيل المذكور رواية عن ابي حنيفة رح قيل رواها زفر رح عنه ولم ينسب الكرخي رح هذه الى ابي حنيفة رح بل قال وقال زفر رح والحسن رح ما لحقه في حال الاسلام الخ وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام فيقضى منه الديان جميعا فان وفي فكسب الردة فيئ لجماعة المسلمين ولا يرث الورثة شيئا في هذه المسئلة الا ان يفضل عن كسب الاسلام شئ عن الدينين فان لم يف كل من كسب الردة وهي رواية الحسن بن زياد عنه وعنه عكسه وهو انه يقضى الديان جميعا من كسب الردة فان وفي بالديون ورثت الورثة كسب الاسلام كله وان لم يف كمل من كسب الاسلام وورثت الورثة ما فضل ان فضل شئ وهذه رواية ابي يوسف رح عنه وجه الاول وهو التفصيل ان المستحق بالسببين وهو دين الاسلام ودين الردة مختلف وحصول كل من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب الذي حصل به ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني وهو رواية الحسن ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه فيه الوارث ومن شروط هذه الخلافة الفراغ من حق المورث وهو مقدار ما عليه من الدين فيقدم الدين مطلقا عليه اما كسب الردة فليس مملوكا لبطلان اهلية الملك بالردة عند ابي حنيفة رح فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه فان قيل كيف يقضى منه وهو فيئ عنده غير مملوك له بل لجماعة المسلمين اجاب فقال ولعله في هذا فان الذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ومع ذلك ان كان عليه دين يقضى منه اولا وما فضل يكون للمسلمين فكذلك ههنا قال في المبسوط وعلى هذا لا ينفذ تصرفه في الرهن وقضاء الدين من كسب الاسلام وجه الثالث وهو رواية ابي يوسف رح ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه بمعنى انه ما تعلق به حق الغير كما يتعلق في مال المريض والاخر وقد ذكر ان ملكه يزول غير انه لا يلزم من كونه خالص حقه لديننا ملكا له الا ترى ان كسب المكاتب خالص حقه وليس ملكه فاذا كان خالص حقه كان قضاء دينه منه اولى الا انه لم يف فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه قال في المبسوط وعلى هذا نقول عند ابي حنيفة قضاء الدين ثانيا اذا قضى دينه بكسب الردة او دينا بالدين فقد فعل عين ما كان يحق فعله فهذه ثلاث روايات عن ابي حنيفة رح ولو لم يكن له مال الا ما اكتسبه في حال ردته قضى منه قال ابو يوسف رح ومحمد رح تقضى ديونه من الكسبين جميعا لانهما ملكه عندنا حتى يجري فيهما الارث **قوله** وما باعه المرتد او اشتراه او اعتقه او وهبه الى آخره وقال المصنف رح اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك في الاستيلاد ولا الى تمام الولاية في الطلاق فان الاستيلاد يصح في جارية الاب وحق المرتد في ماله اقوى من حق الاب في جارية ابنه وكذا يصح دعوة السيد ابن امة مكاتبه وحق المرتد في ماله اقوى من حق المولى في كسب المكاتب لان الم

ومختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما أن الصحة تعتمد الأهلية والنفاذ يعتمد الملك ولا خفاء في وجود الأهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل القتل لا يرثه فتصح تصرفاته قبل الموت إلا أن عند أبي يوسف رحمه الله تصح كما تصح من الصحيح لأن الظاهر عوده إلى الإسلام إذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة وعند محمد رحمه الله تصح كما تصح من المريض لأن من انتحل إلى نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضي إلى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لأنها لا تقتل ولأبي حنيفة رحمه الله أنه حربي مقهور تحت أيدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه فصار كالحربي يدخل دارنا بغير أمان فيؤخذ ويقهر فتتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فأوجب خللا في الأهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لأن الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لأنها ليست حربية ولهذا لا تقتل

موقوف على حكم ملكه حتى إذا أسلم كان له بلا سبب جديد ولا ملك للأب والمولى فيهما وأما الطلاق فيقع من العبد لعدم قصور ولايته فإنه لا ولاية لهما على نفسه وأورد عليه أن بالردة تحققت الفرقة فكيف يقع الطلاق أجيب بأنه لا يلزم من وقوع البينونة امتناع الطلاق فقد سلمت أن المبانة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وصرح في المحيط بأن الفرقة بالردة من قبيل الفرقة التي يلحقها الطلاق مع أن الردة لا يلزمها الفرقة كما لو ارتدا معا ومن هذا القسم تسليم الشفعة وقبول الهبة والحجر على عبده المأذون لأنها لا تبنى على حقيقة الملك وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لأنها تعتمد الملة ولا ملة له لأنه غير مقر على ما انتقل إليه من دين سماوي أو غيره كالشرك فهو بمنزلة من لا ملة له وهذا حاصل ما فسره ظهير الدين من أن المراد الملة التي يدينون بها كالنكاح والتوارث والتناسل والمرتد لا يتحقق في نكاحه من ذلك لأنه لا يقر عليها ومن هذا القسم إرثه وأما الإرث منه فقد تقدم أنه ثابت لورثته المسلمين وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم لأنها تعتمد المساواة بين الشريكين ولا مساواة بين المسلم والمرتد فتتوقف عقود المفاوضة فإن أسلم نفذت وإن مات أو قتل أو قضي بلحاقه بطلت بالاتفاق لكن يصير عنانا عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله تبطل أصلا لأن في العنان يكاله وهي موقوفة عنده قوله ومختلف في توقفه وهو ما عددناه من بيعه وشرائه وعتقه ورهنه ومنه الكتابة وقبض الديون والإجارة والوصية عنده هي موقوفة إن أسلم نفذت وإن مات أو لحق أو قتل بطلت لهما أن الصحة للمعاملات التي ذكرنا تعتمد الأهلية ولا خفاء بها والنفاذ يعتمد الملك في وجود الأهلية لكونه مخاطبا بالإيمان وكذا قد فرع كونه مكلفا وكذا ملكه لقيامه قبل موته على ما قررنا يعني من قوله مكلف محتاج الخ ومما يوضح كون ملك المرتد باقيا أنه لو ولد له ولد من امرأة مسلمة أو أمة مسلمة لستة أشهر فصاعدا ورثه فلو كان ملكه زائلا لم يرثه هذا الولد ولو أن ولده قبل الردة مات بعدها قبل موته ولحاقه لا يرث وإذا كان ملكه قائما والأهلية نفذت تصرفاته عندهما إلا أن عند أبي يوسف رحمه الله يصح كما يصح من الصحيح من جميع المال لأن الظاهر عوده إلى الإسلام إذ الشبهة تزاح فلا يقتل فلا يكون كالمريض وعند محمد رحمه الله يصح من الثلث كما يصح من المريض لأن من انتحل نحلة لا سيما إذا كان بها معرضا عما نشأ عليه قلما تركه فكان بذلك على شرف الهلاك كالمريض مرض الموت إلا أن أبا يوسف رحمه الله يقول يدفع القتل عنه والموت على ذلك تجديد الإسلام بخلاف المريض ولأبي حنيفة رحمه الله أنه حربي مقهور تحت أيدينا على ما قررنا في توقف الملك بكونه يعني من أن المراد أنه يزول ملكه ثم يعود لعوده إلى الإسلام من أنه حربي مقهور نفسه وماله تحت أيدينا وتوقف التصرفات بناء عليه فإن التصرفات الشرعية المذكورة توجب أملاكا لمن قامت به وزوال أملاك مثلا البيع يوجب أن يملك المبيع وأن يخرج عن ملكه الثمن والإجارة تملك والغرض أن ليس مع الردة ملك فامتنع إفادة هذه التصرفات أحكامها في الحال فإن أسلم أفادته من وقت وهذا معنى التوقف فصار المرتد كالحربي يدخل دارنا بلا أمان فيؤخذ أي يؤسر فتتوقف تصرفاته لتوقف حاله حيث كان للإمام الخيار بين استرقاقه وقتله فإن قتل واسترق لم تنفذ تصرفاته وإن أسلم لم يؤخذ له ما تكنه المرتد وقوله واستحقاقه الخ جواب عما يقال المرتد يجب أن يكون كالمقضي عليه بالقصاص والرجم لأنه مقهور تحت أيدينا للقتل عينا خصوصا فإنه لا يمكن له حالة غير القتل بخلاف المرتد فإن غيره محتمل في حقه لاحتمال إسلامه ومع ذلك لا يزول ملك واحد منهما عن ماله وتنفذ تصرفاتهما نافذة فأجاب بالفرق بأن استحقاق القتل في الفصلين أي الحربي والمرتد لبطلان العصمة بانتقاء سببها وهو الإسلام فأوجب خللا في الأهلية بخلاف الزاني والقاتل عمدا لأن استحقاق القتل هناك بسبب جزاء على الجناية مع بقاء سبب العصمة وهو الإسلام فيقتضي مالكا حقيقة لعصمة ماله لقيام سببها وكذا لو قتل القاتل غير ولي القصاص قتل به إنما يقتل كل منهما من حقوق تلك العصمة بخلاف المرتد لأنها ليست حربية ولهذا لا تقتل قال أبو اليسر قال أبو حسن لأن المرتد لا يقبل الرق والقهر يكون حقيقيا لا حكميا والملك يبطل بالقهر

فإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب إلى دار الإسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه وإذا عاد مسلما احتاج إليه فيقدم عليه بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه لأن القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل أن يقضي القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلما لما ذكرنا وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الإسلام فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر منذ ارتد فادعاه فهي أم ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وإن كانت الجارية مسلمة ورثه الابن إن مات على الردة أو لحق بدار الحرب أما صحة الاستيلاد فلما قلنا وأما الإرث فلأن الأم إذا كانت نصرانية والولد يتبعه لقربه إلى الإسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد أما إذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لأنها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فإن لحق ثم رجع وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم لأنه انتقل إلى الورثة بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما

الحكمي لا الحقيقي ولهذا المبيع لا يبطل ملك المقضي عليه بالرجم وحاصل مراده أن المنافي للملك الاسترقاق ليس غير لكنه ممنوع عند أبي حنيفة رحمه الله بل القول بأنه أوجب الاسترقاق ذلك في الأصل للقهر الكائن بسبب حربيته وهو موجود في المرتد فيثبت فيه ذلك بطريق الأولى لأن الرق يتصور معه ملك النكاح بخلاف قهر المرتد

قوله وإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه إلى دار الإسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه نقدا أو عرضا أخذه لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه عنه بالموت الحكمي به وإذا عاد مسلما فقد أحياه الله تعالى حياة جديدة ولذا قلنا في المرتدة المتزوجة إذا لحقت ثم عادت مسلمة عن قريب تتزوج عن ساعتها لأنها فارغة عن النكاح والعدة لأنها ميتة لأن قال الله تعالى أومن كان ميتا فأحييناه فإذا أحيي احتاج إليه فيقدم على الوارث وعلى هذا لو أحيى الله سبحانه ميتا حقيقة وأعاده إلى دار الدنيا كان له أخذ ما في يد ورثته بخلاف ما أزاله الوارث عن ملكه سواء كان بسبب يقبل الفسخ كبيع أو هبة أو لا يقبله كعتق وتدبير واستيلاد فإنه يمضي ولا عود له فيه ولا يضمنه وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه لا يعودون في الرق لأن القضاء بعتقهم قد صح بدليل مصحح له وهو اللحاق مرتدا لأنه كالموت الحقيقي فنفذ والعتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان ولا وهم لمولاهم أحق المرتد الذي عاد مسلما هذا إذا جاء مسلما بعد الحكم باللحاق فلو جاء مسلما قبل الحكم باللحاق فكأنه لم يزل مسلما كأنه لم يرتد قط لما ذكرنا من أنه لا يستقر لحاقه إلا بالقضاء وما لم يستقر لا يورث فتكون أمهات أولاده ومدبروه على حالهم أرقاء وما كان عليه من الديون المؤجلة لا تحل بل تكون إلى أجلها لعدم تقرر الموت وصار كالعبد إذا أبق بعد البيع قبل القبض ثم عاد إن كان بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء بالفسخ وإن عاد قبله جعل الإباق كأن لم يكن قوله وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية أو يهودية كانت له في حال الإسلام فجاءت بولد لستة أشهر أو أكثر ولو إلى عشر سنين منذ ارتد فادعاه فهي أم ولد له والولد حر وهو ابنه وثبت لأمه حق أمومية الولد ولا يرثه فإن كانت الجارية مسلمة ورث الابن إن مات المرتد على ردته أو لحق بدار الحرب أما صحة الاستيلاد من المرتد فلما قلنا أنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك حتى صح استيلاد الأب جارية الابن والعبد المأذون جارية من تجارته ذكره أبو الليث في شرح الجامع الصغير وأما أنه لا ترثه فلأن الأم إذا كانت يهودية أو نصرانية يجعل الولد تبعا للمرتد لا الأمة لقرب المرتد إلى الإسلام للجبر عليه والظاهر أنه يؤثر الحمل على العود وصار الولد في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد ولا غيره وأما إذا كانت الأمة مسلمة فالولد مسلم تبعا لها وإنما يجعل تبعا لها لأنها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد ولا يقال لم لم يجعل تبعا للدار فيما إذا كانت الأم نصرانية لأنه إنما يجعل تبعا للدار إذا لم يكن معه أحد أبويه بأن يسبى وليس معه أحدهما أو يلتقط في دار الإسلام ولا يقال إن هذا ينتقض بما إذا ارتد الأبوان المسلمان ولهما ولد صغير ولد قبل ردتهما فإنه يبقى مسلما مع وجودهما لأن الحكم بإسلامه في هذه الصورة ليس لتبعية الدار بل لأنه كان حين ولد مسلما فيبقى على ما كان بخلاف مسألة الكتاب لأنه لم يسبق للولد حكم الإسلام إذ لم يوجد في زمن إسلامهما وتقييد المسألة بما إذا جاءت به لستة أشهر قصدا به الاحتراز عما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر فإنه يرثه إذا مات أو لحق أو قتل على ردته وذلك للتيقن بحصول العلوق في حال إسلام أبيه المرتد فكان الولد مسلما والمسلم يرث المرتد وفي الفوائد الظهيرية ذكر في الكتاب أن الإرث يستند إلى حالة الإسلام فيكون توريث المسلم من المسلم فيما اكتسبه في حال الردة يضعف بهذه المسألة لأن الولد يعني ولد الأمة المسلمة هنا لم يكن موجودا حال الإسلام ومع هذا يرث فعلم أن الصحيح ما رواه محمد عن أبي حنيفة أن من كان وارثا عند موته سواء كان موجودا وقت الردة أو حدث بعده انتهى وقد قدمنا أنه صح من قول شمس الأئمة وعلى هذا فيكون تخصيصا لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرث المسلم الكافر الأصلي إلا أنه يحتاج إلى دليل التخصيص ويمكن كونه دلالة الإجماع على إرث المسلمين ماله إذا لم يكن له وارث لأن ذلك للإسلام على ما قدمناه فارجع

وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذي أسلم لأنه لا وجه إلى إبطال الكتابة لنفوذها بدليل منفذ ولا إلى نقل الملك إليه لأن المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع إلى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حالة الإسلام خاصة عند أبي حنيفة رح وقالا الدية فيما اكتسبه في الإسلام والردة جميعاً لأن العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فيكون في ماله وعندهما الكسبان جميعاً ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الإرث فيهما جميعاً وعنده ماله المكتسب في الإسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكتسب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الأول ميراثاً عنه والثاني فيئاً عنده وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلماً فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة أما الأول فلأن السراية حلت محلاً غير معصوم فأهدرت بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر فقد يهدر بالإبراء فكذا بالردة وأما الثاني فمعناه إذا قضي بلحاقه لأنه صار ميتاً تقديراً والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى فإن لم يلحق بدار الحرب حتى عاد مسلماً فمات فعليه الدية كاملة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح في جميع ذلك نصف الدية لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان كما إذا قطع يد مرتد فأسلم ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان الكل

اليه وهذا الكلام بناء على كونه اذا جاءت به لستة اشهر او اكثر يحكم بان العلوق بعد الردة والوجه انه متى جاءت به ابتداء النصرانية لمدة يتصور العلوق فيها في حالة الاسلام بسبب ان يعتبر العلوق فيها وهذا يمكن اذا جاءت به لاقل من سنتين للمطلقة لانه احوط للحكم بالاسلام لانه على هذا الاعتبار يعلق مسلماً يرثه وان كان على خلاف المذهب كالذي جاءت لاقل من ستة اشهر ان على هذا لو جاءت به لتمام سنتين فصاعدا لا يرث قوله واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر المسلمون على ذلك المال فهو فيء باجماع الائمة الاربعة وانما يخالف الائمة الثلاثة فيما في دار الاسلام من الباقي من ماله على ما تقدم انه عندهم محفوظ الى ان يظهر موته فيصير فيئا ويشكل كون المرتد حربياً دون نفسه فان مشركي العرب كذلك وان لحق ثم رجع واخذ مالاً والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فحكم الورثة فيه حكم مالك مال استولى عليه الكفار ثم ظهر عليه فوجده مالكه وهو انهم ان وجدوه قبل القسمة رد عليهم وان وجدوه بعدها اخذوه بقيمته ان شاؤوا ولو كان مثليا فقد تقدم انه لا يؤخذ لعدم الفائدة ثم جواب هذا الكتاب اعني الجامع الصغير هو ظاهر الرواية لا يفصل بين ان يكون عوده واخذ المال بعد القضاء بلحاقه او قبله اما اذا كان بعد القضاء باللحاق فظاهر لانه تقرر الملك للورثة ثم استولى عليه الكافر واحرزه بدار الحرب واما اذا كان قبله فلان عوده واخذه ولحاقه ثانيا يرجح جانب عدم العود ويؤكده فيتقرر موته وما احتيج الى القضاء باللحاق ليصير ورثته ميراثا الا ليترجح عدم عوده فيتقرر موته فكان رجوعه واخذه ثم عوده ثانيا بمنزلة القضاء وفي بعض الروايات السير جعله فيئا لان مجرد اللحاق لا يصير المال ملكا للورثة والوجه ظاهر الرواية قوله واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة خلافا للائمة الثلاثة والولاء والمكاتبة اي بدل الكتابة للمرتد مسلما لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ وهو القضاء بالعبد له ولا الى نقل الملك الى الاب لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك فجعل كان الابن وكيلا عنه فانه لما لحق بدار الحرب كان كانه سلطا ابنه على التصرف في ماله وحقوق العقد ترجع الى الموكل في الوكالة بالكتابة والولاء لمن يقع العتق عنه فلذا كان الولاء للمرتد الذي عاد مسلما بخلاف ما اذا كان ادى بدل الكتابة الى الابن فان الولاء حينئذ يكون للابن قوله واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال اسلامه خاصة عند ابي حنيفة رح وقالا في مال اكتسبه في الردة والاسلام اما ان الدية في ماله فلان العواقل لا تعقل المرتد لان تحميلهم العقل باعتبار تنصرهم اياه وتقويهم بها بالقوى الجاورة ولا نصرة منهم للمرتد واما انه عنده في كسب الاسلام فقط فلانه لا ملك عنده في غيره وعندهما يملك الكل فيكون مالزمه من الكل وعلى هذا اذا غصب مالا فافسده يجب ضمانه في مال الاسلام وعندهما في الكل وعلى هذا لو لم يكن له كسب الاسلام واكتسب في الردة تهدر الجناية عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وقوله وماله المكتسب ماله مبتدا والمكتسب خبره والاولى في مثله الاتيان بضمير الفصل لرفع توهم الصفة الا انه تركه لان الابتدار اليه لفساد المعنى على الصفة وجناية الامة والمكاتبة المرتدين كجنايتهم في غير الردة لان الملك فيهما قائم بعد الردة والمكاتب يملك اكتسابه في الردة فيكون موجب جنايته في كسبه والجناية على المماليك المرتدين هدر قوله واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك القطع او لحق ثم جاء مسلما او مات منه فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة فيهما اما الاول وهو وجوب نصف الدية فيما اذا مات فلان القطع وان وقع على محل معصوم لكن السراية التي بها صار القطع قتلا لاقت المحل بعد زوال عصمته فاهدرت اذ لو لم تهدر وجب القصاص في النفس للعمد وايضا صار اعتراض زوال العصمة شبهة في سقوط القصاص في اليد واذا هدرت السراية وجب دية اليد لان هذا القدر وقع زمن العصمة واقل ما فيه دية بخلاف ما لو قطعت يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك القطع فانه لا يجب الضمان اصلا لان القطع وقع في وقت لا قيمة لها

وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فأخذ بماله وأبى أن يسلم فقتل فإنه يوفى مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على أصلهما لأن كسب الردة ملكه إذا كان حرا فكذا إذا كان مكاتبا، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأن المكاتب إنما يملك أكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا أكسابه ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق فكذا بالأدنى بطريق الأولى

فيه هو وقت الردة فكانت بدلا والمهدر لا ينقلب إلى الاعتبار أما المعتبر فقد يلغى بالإبراء فكذا بالردة وأما الثاني وهو وجوب نصف الدية إذا لحق ثم عاد مسلما فمات من القطع قال المصنف ومعناه إذا قضى بلحاقه فإنه صار ميتا تقديرا بالقضاء باللحاق والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى على أنها قتل لأنه ما ثبتت سرايته بانقطاع حكم القطع فوجب الاقتصار على موجب القطع الواقع في حال العصمة من حيث هو قطع لا قصاص فيه وفي ذلك نصف دية النفس فوجب للورثة وأما إذا لم يقض بلحاقه حتى عاد مسلما فمات فهو على الخلاف الذي نبينه قال شمس الأئمة الصحيح أنه على الخلاف وقال فخر الإسلام لا نص فيه ثم قال وهو على الاختلاف ويريد بقوله الذي نبينه ما نذكر من أنه على قول محمد رحمه الله يجب نصف الدية وعلى قولهما دية النفس كاملة فيما يلي بعده وهي قوله وإن لم يلحق أي المقطوع يده مسلما إذا ارتد ثم أسلم فمات من القطع من غير لحاق فعند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف على القاطع دية كاملة استحسانا وعند محمد وزفر رحمهما الله في جميع ذلك يعني الصور الأربع وهي ما إذا قطعت يده مسلما فارتد ومات على ردته أو ارتد ثم أسلم بلا لحاق أو ارتد ولحق بعد القضاء أو قبله ثم عاد فأسلم نصف الدية قياسا ووجهه أن اعتراض الردة أهدر السراية حتى لو قتله قاتل لا شيء عليه فإذا أسلم بعد ذلك لا ينقلب بالإسلام إلى الضمان من غير سبب جديد وصار كما لو قطعت يد مرتد أو حربي فأسلم لا يجب على القاطع شيء ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم لأنه مسلم وتمت فيه لأنه مسلم في الحالين فيجب ضمان النفس كما إذا لم تتخلل الردة ابتداء السراية وهذا لأن تخللها كائن في حال البقاء فقط وإنما يوجب سقوط العصمة في حال البقاء وبه تثبت الشبهة المسقطة للقصاص في النفس فيبقى ضمانها بالدية لأن سقوط العصمة في حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجناية إلا لو كانت العصمة معتبرة حالة البقاء في إيجابها والواقع أنه لا معتبر بقيامها في ذلك فإنما المعتبر قيامها في حال ابتداء الجناية لانعقاده سببا وفي حال الموت فيثبت الحكم وهو الضمان وحالة البقاء بمعزل إذ ليست حال انعقاد سبب الضمان ولا حال ثبوت حكمه فصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين لا عبرة به بل المعتبر قيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط حتى إذا قال لزوجته إن دخلت فأنت طالق ثم أبانها ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا العبد إن فعلت فأنت حر فباعه ثم اشتراه ففعل عتق وكذا وجود النصاب في إيجاب الزكاة المعتبر وجوده أول الحول لينعقد السبب وفي آخره ليثبت حكمه هذا إذا كان المقطوع يده هو الذي ارتد فلو كان القاطع هو الذي ارتد ففي المبسوط فإن قتل أو مات المقطوع يده من القطع مسلما فإن كان عمدا فلا شيء له لأن الواجب القصاص وقد فات محله حين قتل على ردته أو مات وإن كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لأنه عند إيجابه كان مسلما وجناية المسلم خطأ على عاقلته وتبين بالسراية أن جنايته كانت قتلا فكانت على عاقلته ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا أن المرتد لا يعقل جنايته أحد **قوله وإذا** ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا في أيام ردته تبقى كتابته فأخذ بماله أي أسر وأبى أن يسلم فقتل فإنه يوفى مولاه كتابته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على أصلهما لأن كسب الردة ملكه إذا كان حرا فكذا إذا كان مكاتبا إذ الكتابة لا تبطل بالموت فبالردة أولى وإذا كان ملكه قضيت منه مكاتبته وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فيشكل لأنه لا يملك كسب الردة إذا كان حرا أو ملكه إياه مكاتبا ووجهه أن المكاتب إنما ملك أكسابه بعقد الكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة ولا تبطل بالموت فيستمر موجبها مع الردة فيتحقق ملكه في أكسابه ولا يتوقف فيقضى منها ويورث الباقي وقوله ألا ترى إلخ توجيه لعدم توقف تصرف المكاتب المرتد وهو يرجع إلى توجيه عدم بطلان الكتابة بالردة لأن الحكم ببقاء العقد يوجب الحكم بثبوت أحكامه فالاستدلال

واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد وعن الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يجبر تبعا للجد واصله التبعية في الاسلام وهي رواية اربعة مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والاخرى الوصية للقرابة

على ثبوت حكمه استدلال على ثبوته وكان يكفيه فيه كون الكتابة لا تبطل بالموت الحقيقي فاولى ان لا تبطل بالموت الحكمي وهو الردة فانه منع عدم بطلانها بالموت الحقيقي اكتفى بالاستدلال على مسئلة الكتاب اذا مات عن وفاء واستدلال المصنف وجه آخر حاصله بدلالة ما لو الرق فانه لا يتوقف تصرف المكاتب بسبب رقه مع ان الرق اقوى من الردة في نفي صحة التصرف حتى لا يصح استيلاده فاولى ان لا يتوقف بسبب ردته والحاصل ان عقد الكتابة يمنع مقتضى الردة كما منع مقتضى الرق فصار المكاتب في دار الحرب ككونه في دار الاسلام واورد عليه بان كون احدهما يمنع مع عقد الكتابة لا يستلزم انه لا يمنع اذا اجتمعا وقد اجتمع في المرتد المكاتب الرق والردة فجاز ان ينتفي التصرف اجيب مرة بان جواز المنع لا يستلزم وقوعه فيبقى على العدم الاصلي ومرة بان الكتابة مطلق التصرف وكل من الرق والردة مانع منه بانفراده وقد ثبت شرعا ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى احدهما وانضمام احدهما الى الآخر انضمام علة الى اخرى فيما يعلل بعلتين مستقلتين ولا ترجيح بكثرة العلل المستقلة لما عرف بل الترجيح بوصف في العلة **قوله** واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدها ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد على الاسلام قال الولوالجي فلا يقتل كولد المسلم اذا بلغ ولم يصف الاسلام يجبر عليه ولا يقتل ولا يجبر ولد الولد اما جبر الولد فلانه تبع ابويه او احدهما في الدين فيكون مسلما باسلامهما ومرتدا بردتهما فلما كان مرتدا بردتهما اجبر كما يجبران وانما لم يقتل الولد لانه لا يتبع جده بل يتبع اباه لقوله عليه الصلوة والسلام كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون ابواه هما اللذين يهودانه الحديث اي يستتبعانه في ذلك وانما لم يجعل تبعا لابيه في الردة فيجبر مثله لان ردة ابيه كانت تبعا والتبع لا يستتبع خصوصا واصل التبعية ثابتة على خلاف القياس لانه لم يرتد حقيقة ولهذا يجبر بالحبس لا بالقتل بخلاف ابيه واذا لم يتبع الجد فيسترق او توضع عليه الجزية او يقتل لان حكمه حينئذ حكم سائر اهل الحرب اذا اسروا واما الجد فيقتل لا محالة لانه المرتد بالاصالة او يسلم وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان ولد الولد يجبر على الاسلام تبعا للجد فجعل مرتدا تبعا له قال المصنف رحمه الله واصله التبعية في الاسلام يعني اصل الجبر على الاسلام تبعا للجد هو ثبوت الاسلام تبعا للجد وهي رابعة اربع مسائل كلها على الروايتين رواية ظاهر الرواية لا يكون الولد تبعا للجد ورواية الحسن يكون تبعا احدها هذه والثانية صدقة الفطر للولد الصغير اذا كان جده موسرا ولا اب له او له اب معسر او عبد لا يجب على الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجب عليه والثالثة جر الولاء صورتها معتقة تزوجت بعبد له اب عبد فولدت منه فالولد حر تبعا لامه وولاؤه لمولى امه فاذا اعتق جده لا يجر ولاءه حافده الى مواليه عن موالي امه في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجره كما لو اعتق ابوه والرابعة الوصية للقرابة لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن لا يدخل كالاب وتقييد الحبل بدار الحرب ليس باخراج الحبل في دار الاسلام عن حكم المسئلة اعني جبر الولد بل لافادة حكم الجبر فيما اذا حبلت في دار الاسلام وولدت في دار الحرب بطريق اولى لانه اذا اجبر مع انه علق في دار الحرب وللدار حينئذ استتباع يقتضي انه بعد عن الاسلام فلا يجبر اذا علق في دار الاسلام على الاسلام اولى هذا اذا ولد لهما وليد لحوقهما اما اذا ارتدا ولحقا بولد لهما صغير ثم ظهر عليهم فالولد فيء لان الولد الصغير صار مرتدا تبعا للابوين وولد المرتد يصير فيئا بالسبي كذا ذكر ولو صح لزم انهما لو لم يلحقا به يكون مرتدا وليس كذلك على التقدير من انه ثبت له حكم الاسلام فيبقى عليه الا بمزيل والاحسن ما في المبسوط من انه خرج عن كونه مسلما باللحاق به فان ثبوت حكم الاسلام للصغير باعتبار تبعية الابوين والدار وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به فكان الولد فيئا يجبر على الاسلام اذا بلغ كما تجبر الام عليه فان كان الاب ذهب به وحده والام مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فيئا لانه بقي مسلما تبعا لامه فان قيل كيف يتبعها مع تباين الدارين قلنا تباين الدارين يمنع

قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رح ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف رح ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي رح اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكاما تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رض اسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهي التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على اعتقاده على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي ثم يبتنى عليه غيرها فلا يبالي بشوبه وله في الردة انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف رح لانه تعلق به اعلى المنافع على ما مر ولابي حنيفة ومحمد رح فيها انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام

الاتباع في الاسلام ابتداء لا في البقاء ما كان ثابتا الا ترى ان الحربي لو اسلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج الى دارنا بقي الولد مسلما حتى لو ظهر عليه لا يكون فيئا بخلاف ما لو اسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب ومرت ماتان المسئلتان وكذا اذا كانت الام مسلمة والولد معه في دار الحرب لان بالموت يتاكد الاسلام ولا ينقطع **قوله** وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة رض ومحمد رح اي يصح فلو مات له قريب مسلم بعد ردته لا يورث منه وبه كان يقول ابو يوسف رح ثم رجع وقال ليس بارتداد واسلامه اسلام باتفاق الثلاثة فلا يرث ابويه الكافرين ويرث اقاربه المسلمين ولا يصح نكاح المشركة له وتحل له المؤمنة وتبطل مالية الخمر والخنزير ونحو ذلك وعن ابن ابي مالك رض عن ابي يوسف رح ان ابا حنيفة رح رجع الى قول ابي يوسف رح وقال زفر رح والشافعي رح اسلامه ليس باسلام وردته ليس بارتداد لهما اي زفر رح والشافعي رح في عدم صحة اسلامه انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا لتنافي بين صفة الاصالة والتبعية لان الاولى سمة القدرة والثانية سمة العجز ثم اسلامه يصح تبعا لابويه فلا يجعل اصلا مستقلا به ولانه يلزمه احكاما تشوبها المضرة من حرمان الارث والفرقة بينه وبين زوجته المشركة فلا يؤهل له كالطلاق والعتاق ولنا فيه اي اسلامه ان عليا رض اسلم في صباه وصحح النبي صلى الله عليه وسلم اسلامه وافتخاره بذلك مشهور اما افتخاره فمما نقل من قوله رض سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلمي واما ما عن الحسن انه اسلم وهو ابن خمس عشرة سنة فلم يوافقه احد عليه سوى رواية عن احمد رح لم تصح بل الصحيح عنه انه اسلم ابن ثمان سنين قال ابن الجوزي واستقراء الحال يبطل رواية الخمس عشرة سنة لانه اذا كان يوم البعث ابن ثمان سنين فقد عاش بعده ثلاثا وعشرين سنة وبقي بعد النبي صلى الله عليه وسلم نحو ثلاثين سنة فهذه مقاربة الستين وهو الصحيح في مقدار عمره وتم بسنده عن جعفر بن محمد عن ابيه قال قتل علي رض وهو ابن ثمان وخمسين سنة قال فمتى قلنا انه كان يوم اسلامه ابن خمس عشرة سنة صار عمره ثمانيا وستين سنة ولم يقل احد واخرج البخاري في تاريخه عن عروة اسلم علي رض وهو ابن ثمان سنين واخرج الحاكم في المستدرك من طريق ابن اسحق انه اسلم وهو ابن عشر سنين واخرج ايضا عن ابن عباس رض دفع النبي صلى الله عليه وسلم الراية الى علي رض يوم بدر وهو ابن عشرين سنة وقال صحيح على شرط الشيخين قال الذهبي هذا نص على انه اسلم ابن سبع او ثمان سنين وما ذكر الثعلبي وغيره في اتفاق الاعمار من ان كلا من النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم عاش ثلاثا وستين سنة يقتضي ان عمره حين اسلم كان عشر سنين وهو ما تقدم من رواية الحاكم من طريق ابن اسحق قال صاحب التنقيح ولانه عليه السلام عرض الاسلام على ابن صياد وهو غلام لم يبلغ وقد يقال لتصحيحه عليه الصلوة والسلام اسلامه ان اريد في احكام الآخرة فمسلم وكلامنا في تصحيحه في احكام الدنيا والآخرة حتى لا يرث ابانا الكبار ونحو ذلك ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صححه في حق هذه الاحكام بل في العبادات فانه كان يصلي معه على ما هو ثابت ونحو ذلك نعم لو نقل من قوله صلى الله عليه وسلم صحت اسلامه امكن ان يصرف اليه باعتبار الجهتين لكن لم ينقل ذلك وقد اورد هذا السؤال على خلاف هذا الوجه وعلى ما ذكرنا هو الوجه قيل ومن اقبح القبائح ان لا يسمى مسلما مع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه الصلوة وقيل والعجب من الشافعي رح كيف يصح اختياره لاحد ابويه عند الفرقة مع ظهور انه انما يختار من يطلق عنانه الى هويته من اللعب ونحوه ولا يصح اختياره المقطوع بخيريته فان قيل هو غير مكلف قلنا انما يلزم ذلك لو قلنا بوجوبه عليه قبل البلوغ كما عن ابي منصور والمعتزلة ولا يصح مسقطا للواجب لكنا انما نختار انه يصح ليترتب عليه الاحكام الدنيوية والاخروية ثم اذا بلغ لزمه فلو ارتد بعد البلوغ اجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل بخلاف المسلم البالغ وعن احمد ومالك رح يقتل ان لم يعد الى الاسلام قال المصنف ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار والتصديق الباطني يحكم به الاقرار الدال عليه على ما عرف من تعليق الاحكام المتعلقة بالباطن به واذا كان قد اتى به فقد دخلت حقيقة الايمان قائمة به في الوجود فكيف يصح ان يقال لم تدخل لم تتصف بالدخول والاتصاف فان قال الايمان الذي افيه هو المعتبر فما دخل في الوجود ولا انفيه لكن

الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم ٢

اقول لا يعتبر شرعا قلنا دعوى عدم الاعتبار بعد وجود الحقيقة اما لعدم اهلية الصحة وهو منتف لانه جعل اهلا للنبوة كما في يحيى عليه السلام وهو فرع الايمان والاتفاق على اهليته للصلوة والصوم حتى تصحان منه ويثاب عليهما واما لعدم اهلية الوجوب فلزم منه الكلام ليس فيه كما ذكرنا آنفا اما الحاكم فخر الاسلام و شمس الائمة السرخسي وهو منتف ولا يليق ان يثبت شرعا منع عن الايمان بالله سبحانه مع عقليته ومعرفته نعم مقتضى الدليل ان يجب عليه بعد البلوغ فيجب التصديق الى التصديق والاقرار ليسقط به ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والاقرار غير المنوي به اسقاط الفرض كما انه لو كان يواظب الصلوة قبل بلوغه لا يكون كما يكون يفعل بل لا يكفيه بعد بلوغه منها الا ما قرن بنيته اداء الواجب امتثالا لكنهم اتفقوا على انه لا يجب بل يقع فرضا قبل البلوغ اما عند فخر الاسلام فانه يثبت اصل الوجوب به على الصبي بالسبب وهو حدث العالم وعقليته دلالته دون وجوب الاداء لانه بالخطاب وهو غير مخاطب فاذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتعجيل الزكوة واما عند شمس الائمة فلا وجوب اصلا لعدم حكمه وهو وجوب الاداء فاذا وجد بعد صار كالمسافر يصلي الجمعة تقع فرضا ولم تكن الجمعة فرضا عليه لكن ذلك لترفيه عليه بعد سببها فاذا فعل تم ولا نعلم خلافا بين المسلمين في عدم وجوب نية فرض الايمان بعد بلوغ من حكم بصحة اسلامه صبيا تبعا لابويه المسلمين او لاسلامه وابواه كافران ولو كان ذلك فرضا لم يغفل اهل الاجماع عن آخرهم واما قوله يشوبه ضرر قلنا ما تعلق به السعادة الابدية والنجاة من مضرة ابدية من رد اسلامه ليستمر على الكفر كل عاقل لعينه ولا يبالي معه بذلك الضرر لانه لا نسبة له بالضرر الآخر واما التنافي الذي ذكر فانما يلزم لو قلنا باجتماع كونه تبعا واصلا معا ولسنا نقول به بل هو تبع ما لم يعقل ويقر مختارا فاذا عقل واقر مختارا فنقول انقطعت تبعيته في حق هذا الحكم وبقي اصلا وفي المبسوط منع المنافاة واجاز اجتماعهما كالمرأة تسافر مع الزوج تكون مسافرة تبعا له حتى اذا لم ينو السفر تكون مسافرة ولو نوته صارت مسافرة مقصودا وتبعا فجعلها امرين يتايد احدهما بالآخر قال المصنف ولهم في الردة يعني الشافعي وزفر ره وابا يوسف ره انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف ره لانه تعلق بهما اعلى المنافع ودفع اعظم المضار ولابي حنيفة ره ومحمد ره ما قلنا من انها موجودة حقيقة بوجود حقيقتها من الانكار والاقرار به ولا مراد للحقيقة فان قيل لا يلزم من اعتبار الحقيقة وعدم ردها في الاسلام مثله في الردة لما في ذلك من النفع وفي الردة من الضرر الا ترى انه يصح منه قبول الهبة ولا يصح منه الهبة الجواب ان الحقائق الداخلة منه في الوجود اذا كانت مما يقطع فيه بالعلم او الجهل فهي التي لا يمكن عدم اعتبارها كالايمان والردة فانه لا يمكن ان يجعله عارفا اذا علم جهله بالكفر ولا جاهلا اذا علم علمه بالايمان فلا بد من اعتبارها بعد وجودها وصار كما اذا صام فانه يجعل صائما شرعا فلو اكل جعل مفطرا ولم يجعل صائما وكذا اذا صلى ثم افسدها فاما اذا كانت مما لا يقطع فيها بذلك بل هي دائرة بين علمه بالمصلحة وجهله بها فلا تصح منه لانا لم نتيقن بالمصلحة في نفس الامر وذلك كالهبة فانه جاز فيه كونه علم المصلحة لما علمه من حسن الجزاء عليها بالضعف وجاز كونه جاهلا في ذلك فان لم تكن حالية لذلك منعناها بخلاف القبول فان علمنا علمه بالمصلحة بجهله جاهلا واذا ثبت الحقائق بعد العلم بثبوتها لا ترد ولزم ضررها بالضرورة الا ترى انا اتفقنا على جعله مرتدا اذا ارتد ابواه ولحقا به بدار الحرب مع ما فيه من الضرر **قوله** الا انه اي الصبي المرتد يجبر على الاسلام لما فيه من النفع المتيقن ودفع اعظم المضار ولا يقتل وهذه رابعة اربع مسائل لا يقتل فيها المرتد احدها الذي كان اسلامه تبعا لابويه اذا بلغ مرتدا ففي القياس يقتل كقول مالك ره والشافعي ره وقد منا من قريب وفي الاستحسان لا يقتل لان اسلامه ثبت

في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل

شبهة الغير صارت شبهة في اسقاط القتل عنه وان بلغ مرتدا الثانية اسلم في صغره ثم بلغ مرتدا ففي القياس يقتل وبه قال مالك رح واحمد رح وفي
الاستحسان لا يقتل مرتدا لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر الثالثة اذا ارتد في صغره والرابعة المكره على الاسلام
اذا ارتد لا يقتل استحسانا لان الحكم باسلامه من حيث الظاهر لان قيام السيف على رأسه ظاهر في عدم الاعتقاد فيصير شبهة في اسقاط
القتل وفي كل ذلك يجبر على الاسلام ولو قتله قاتل قبل ان يسلم لا يلزمه شيء ذكر الكل في المبسوط ولها خامسة وهو اللقيط في دار الاسلام
محكوم باسلامه ولو بلغ كافرا اجبر على الاسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين اذا بلغ كافرا وقال المصنف رح في وجه عدم قتله لانه اي القتل عقوبة والعقوبات
موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وبين ان الكلام كله في الصبي الذي يعقل الاسلام وهو في المبسوط اذا كان بحيث يناظر ويفهم ويفحم واعترض جماعة
من الشارحين قول المصنف مرحمة عليهم بانه يعذب في الآخرة مخلدا فليس بمرحوم ونقل ذلك من اسرار والمبسوط وجامع التمرتاشي وقال التمرتاشي
هذه الرواية الى التبصرة فالاولى في التعليل ما في المبسوط من انه لا يقتل لاختلاف العلماء في صحة اسلامه انتهى ولفظه في المبسوط في هذه
المسألة فاذا حكم بصحة ردته بانت منه امرأته ولكنه لا يقتل استحسانا لان القتل عقوبة وهو ليس من اهل ان يلتزم العقوبة في الدنيا بمباشرة
سببه سائر العقوبات ولكن لو قتله انسان لم يغرم شيئا لان من ضرورة صحة ردته اهدار دمه دون استحقاق قتله كالمرأة اذا ارتدت لا تقتل
ولو قتلها قاتل لم يلزمه شيء ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان ارتداده لا يدل على تغير العقيدة وكذا لا يصح اسلامه وكذا المجنون لا يصح
ارتداده بالاجماع ولا اسلامه والسكران الذي لا يعقل كالمجنون وهو قول مالك رح واحمد رح في رواية والشافعي رح في قول وقال في قول
آخر يصح ارتداده كطلاقه قلنا الردة تبنى على تبدل الاعتقاد ونعلم ان السكران غير معتقد لما قال ووقوع طلاقه لانه لا يفتقر الى القصد ولذا لزم
طلاق الناسي وتقدم في كتاب الطلاق فيه زيادة احكام فارجع اليه في فصل ويقع طلاق كل زوج الخ **فروع** كل من ابغض رسول الله
صلى الله عليه وسلم بقلبه كان مرتدا فالساب بطريق اولى ثم يقتل حدا عندنا فلا تعمل توبته في اسقاط القتل قالوا هذا مذهب اهل الكوفة ومالك رح
ونقل عن ابي بكر الصديق رضه ولا فرق بين ان يجيء تائبا من نفسه او شهد عليه بذلك بخلاف غيره من المكفرات فان الانكار فيها توبة فلا تعمل
الشهادة معه حتى قالوا يقتل وان سب سكران ولا يعفى عنه ولا بد من تقييده بما اذا كان سكره بسبب محظور باشره مختارا بلا اكراه والا فهو كالمجنون
وقال الخطابي لا اعلم احدا خالف في وجوب قتله واما قتله في سبه تعالى فتعمل توبته في اسقاط قتله ومن هزل بلفظ كفر ارتد وان لم يعتقده
للاستخفاف فهو ككفر العناد والالفاظ التي يكفر بها تعرف في الفتاوى واذا تهود نصراني وعكسه لا نأمره بالرجعة الى ما كان عليه لانه لا نأمر
بالكفر والردة محبطة ثواب جميع الاعمال واذا عاد الى الاسلام ان عاد في وقت صلاة صلاها فعليه اداؤها ثانيا وكذا يجب عليه الحج ثانيا
ان كان حج واذا اعتق المرتد عبدا ثم اعتقه ابنه ثم مات المرتد او قتل لا ينفذ لان عتق المرتد موقوف فبموته يبطل واعتاق ابنه قبل ملكه لانه لا يملكه
الا بعد الموت او حقيقة او حكما وهو لا يتوقف بخلاف ما لو اعتق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم يسقط الدين فانه ينفذ والفرق
في المبسوط عن عدم ملك الوارث وسببه قلنا اذا مات الابن وله معتق ثم مات الاب وهو مرتد فميراثه لمعتقه لا لمعتق الابن لانه مات قبل تمام
سبب الملك وتقبل الشهادة بالردة من عدلين ولا يعلم مخالف الا الحسن رح قال لا يقبل في القتل الا اربعة قياسا على الزنا و
اذا شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له لا لتكذيب الشهود العدول بل لان انكاره توبة ورجوع وقتل المرتد مطلقا الى الامام عند عامة

باب البغاة

اهل العلم الا عند الشافعي رح في وجه في العبد الى سيده ومن اصاب حدا ثم ارتد ثم اسلم ان الزنديق لم يلحق بدار الحرب اقيم عليه الحد وان لحق ثم عاد لا يقام عليه عند الشافعي رح واحمد رح يقام مطلقا والمبنى ظاهر وقد منا انه لا تقبل توبة الساحر والزنديق في ظاهر المذهب وهو من لا يدين بدين وانما يبطن الكفر ويظهر الاسلام نحو المنافق ويجب ان يكون حكمه في عدم قبولنا توبته كالزنديق لان ذلك في الزنديق لعدم الاطمينان الى ما يظهر من التوبة اذا كان يخفي كفره الذي هو عدم اعتقاده دينا والمنافق مثله في الاخفاء وعلى هذا الطريق العلم بحاله انما بان يعثر بعض الناس عليه او يسره الى من امن اليه والحق ان الذي يقتل ولا تقبل توبته هو المنافق والزنديق ان كان حكمه ذلك فيجب ان يكون مبطنا كفره الذي هو عدم التدين بدين ويظهر تدينه بالاسلام او غيره الى ان ظفر نابه وهو عرفي والا فلو فرضناه مظهرا لذلك حتى تاب يجب ان لا يقتل وتقبل توبته كسائر الكفار المظهرين كفرهم اذا اظهروا التوبة وكذا من علم انه ينكر في الباطن بعض الضروريات كحرمة الخمر ويظهر اعتراف حرمته وقال اصحابنا للسحر حقيقة في تاثيره في ايلام الاجسام خلافا لمن منع ذلك وقال انما هو تخييل وتعلم السحر حرام بلا خلاف بين اهل العلم واعتقاد اباحته كفر وعن اصحابنا ومالك واحمد يكفر الساحر بتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه اولا ويقتل وقد روى عن عمر وعثمان وابن عمر رضي الله عنهم وكذلك عبد الله بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز فانهم قتلوه بدون الاستتابة وفي حديث مرفوع رواه الشيخ ابو بكر الرازي في احكام القرآن ثنا ابن قانع ثنا بشر بن موسى ثنا ابن الاصبهاني ثنا ابو معاوية عن اسمعيل بن مسلم عن الحسن عن جندب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال حد الساحر ضربة بالسيف انتهى يعني القتل وقصة جندب في قتله الساحر بالكوفة عند الوليد بن عقبة مشهورة وعند الشافعي رح لا يقتل ولا يكفر الا اذا اعتقد اباحته واما الكاهن فقيل هو الساحر وقيل هو العراف وهو الذي يحدس ويتخرص وقيل هو الذي له من الجن من ياتيه بالاخبار وقال اصحابنا ان اعتقد ان الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر وان اعتقد انه تخييل لم يكفر وعند الشافعي رح ان اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب الى الكواكب وانها تفعل ما يلتمسه كفر وعند احمد رح حكمه حكم الساحر في رواية يقتل لقول عمر رض اقتلوا كل ساحر وكاهن وفي رواية ان تاب لم يقتل ويجب ان لا يعدل عن مذهب الشافعي في كفر الساحر والعراف وعدمه واما قتله فيجب ولا يستتاب اذا عرفت مزاولته لعمل السحر لسعيه بالفساد في الارض لا بمجرد عمله اذا لم يكن في اعتقاده ما يوجب كفره واذا طلب المرتدون الموادعة لا نجيبهم الى ذلك

باب البغاة قدم احكام قتال الكفار ثم عقبه بقتال المسلمين والوجه ظاهر والبغاة جمع باغ وهذا الوزن مطرد في كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة والبغي في اللغة الطلب بغيت كذا اي طلبته قال الله تعالى حكاية ذلك ما كنا نبغي ثم اشتهر في العرف في طلب ما لا يحل من الجور والظلم والباغي في عرف الفقهاء الخارج على امام الحق والخارجون عن طاعته اربعة اصناف احدها الخارجون بلا تاويل بمنعة وبلا منعة ياخذون اموال المسلمين ويقتلونهم ويخيفون الطريق وهم قطاع الطريق والثاني قوم كذلك الا انهم لا منعة لهم لكن لهم تاويل فحكمهم حكم قطاع الطريق ان قتلوا قتلوا وصلبوا وان اخذوا مال المسلمين قطعت ايديهم وارجلهم على ما عرف والثالث قوم لهم منعة وحمية خرجوا عليه بتاويل يرون انه على باطل كفر او معصية توجب قتاله بتاويلهم وهؤلاء يسمون بالخوارج يستحلون دماء المسلمين واموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وحكمهم عند جمهور الفقهاء وجمهور اهل الحديث حكم البغاة وعند مالك رح يستتابون فان تابوا والا قتلوا دفعا لفسادهم لا لكفرهم وذهب بعض اهل الحديث الى انهم مرتدون لهم حكم المرتدين لقوله عليه الصلوة والسلام يخرج قوم من آخر الزمان احداث الاسنان سفهاء الاحلام يقولون من قول خير البرية يقرؤن القرآن لا يجاوز حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فاينما لقيتموهم فاقتلوهم فان في قتلهم اجرا لمن قتلهم يوم القيمة رواه البخاري وعن ابي امامة انه راى رؤسا منصوبة على درج

واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم لان عليا رض فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم ولانه اهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به

مسجد دمشق فقال كلاب اهل النار كلاب اهل النار قد كان هؤلاء مسلمين فصاروا كفارا قيل يا ابا امامة هذا شيء تقوله قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن المنذر لا اعلم احدا وافق اهل الحديث على تكفيرهم وهذا يقتضي نقل اجماع الفقهاء وذكر في المحيط ان بعض الفقهاء لا يكفر احدا من اهل البدع وبعضهم يكفرون بعض اهل البدع وهو من خالف ببدعته دليلا قطعيا ونسبه الى اكثر اهل السنة والنقل الاول اثبت نعم يقع في كلام اهل المذاهب تكفير كثير لكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقهاء والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا وابن المنذر اعرف بنقل مذاهب المجتهدين وما ذكره محمد بن الحسن في اول الباب من حديث كثير الحضرمي يدل على عدم تكفير الخوارج وهو قول الحضرمي دخلت مسجد الكوفة من قبل ابواب كندة فاذا نفر خمسة يشتمون عليا رض وفيهم رجل عليه برنس يقول اعاهد الله لاقتلنه فتعلقت به وتفرقت اصحابه فاتيت به عليا رض فقلت اني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك فقال ادن ويحك من انت فقال انا سوار المنقري فقال علي رض خل عنه وقد كان عاهد الله ليقتلنك فقال أفاقتله ولم يقتلني قلت فانه قد شتمك قال فاشتمه ان شئت او دعه ففي هذا دليل ان ما لم يكن بالخارجين منعة لا يقتلهم وانهم ليسوا كفارا لا بالشتم ولا بقصد القتل الا اذا استحله فان من استحل قتل مسلم فهو كافر ولا بد من تقييده بان لا يكون القتل بغير حق او عن تاويل واجتهاد يؤديه الى الحكم بحله بخلاف المستحل بلا تاويل والا لزم تكفيرهم لان الخوارج يستحلون القتل بتاويلهم الباطل ومما يدل على عدم تكفيرهم ما ذكر محمد رح ايضا حيث قال وبلغنا عن علي رض انه بينما هو يخطب يوم الجمعة اذ حكمت الخوارج من ناحية المسجد فقال علي رض كلمة حق اريد بها باطل لا نمنعكم مساجد الله ان تذكروا فيها اسم الله ولن نمنعكم الفيء ما دامت ايديكم مع ايدينا ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا ثم اخذ في خطبته ومعنى قوله حكمت الخوارج نادوا بقولهم الحكم لله وكانوا يتكلمون بذلك اذا اخذ علي رض في الخطبة ليشوشوا خاطره فانهم كانوا يقصدون بذلك نسبته الى الكفر لرضاه بالتحكيم في صفين ولهذا قال علي رض كلمة حق اريد بها باطل يعني تكفيره وفيه دليل ان الخوارج اذا قاتلوا الكفار مع اهل العدل يستحقون من الغنيمة ما يستحقه غيرهم من المسلمين وانه لا يعزر بالتعريض بالشتم لان نسبته الى الكفر شتم وقد عرضوا به ولم يعزرهم والرابع قوم من مسلمين خرجوا على امام العدل ولم يستبيحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم وهم البغاة **قوله** واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة امام الناس وهم في امان والطرقات آمنة دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم التي اوجبت خروجهم لان عليا رضي الله عنه فعل ذلك باهل حروراء قبل قتالهم وليس ذلك بواجب بل مستحب لانهم قد بلغتهم الدعوة لا تجب دعوتهم ثانيا وتستحب وحروراء اسم قرية من قرى الكوفة وفيه المد والقصر ومنه قول عائشة رض لمعاذة أحرورية انت اسند النسائي في سننه الكبرى في خصائص علي رض الى ابن عباس رض قال لما خرجت الحرورية اعتزلوا في دار وكانوا ستة آلاف فقلت لعلي رض يا امير المؤمنين ابرد بالصلاة لعلي اكلم هؤلاء القوم قال اني اخافهم عليك قلت كلا فلبست ثيابي ومضيت حتى دخلت عليهم في دار وهم مجتمعون فيها فقالوا مرحبا بك يا ابن عباس رض ما جاء بك قلت اتيتكم من عند اصحاب النبي المهاجرين والانصار ومن عند ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وصهره وعليهم نزل القرآن وهم اعرف بتاويله منكم وليس فيكم منهم احد لابلغكم ما يقولون وابلغهم ما تقولون فانتحى لي نفر منهم قلت ما تنقمون على اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن عمه وختنه واول من آمن به قالوا ثلاثا قلت ما هي قالوا احداهن انه حكم الرجال في دين الله وقد قال الله تعالى ان الحكم الا لله قلت هذه واحدة قالوا واما الثانية فانه قاتل ولم يسب ولم يغنم فان كانوا كفارا لقد حلت لنا نساؤهم واموالهم وان كانوا مؤمنين لقد حرمت علينا دماؤهم قلت هذه اخرى قالوا واما الثالثة فانه محى نفسه من امير المؤمنين فان لم يكن امير المؤمنين فانه امير الكافرين قلت اعندكم

ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه فان بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال العبد الضعيف هكذا ذكره القدوري رح في مختصره وذكر الامام المعروف بخواهر زاده رح ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يبدؤا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح عنده ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة الامام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة

حسبنا هذا قلت لهم ارأيتم ان قرأت عليكم من كتاب الله ومن سنة نبيه ما يرد قولكم هذا ترجعون قالوا اللهم نعم قلت اما قولكم انه حكم الرجال في دين الله فانا اقرأ عليكم ان قد صير الله حكمه الى الرجال في ارنب ثمنها ربع درهم قال الله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم الى قوله يحكم به ذوا عدل منكم وقال في المرأة وزوجها وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها انشدكم الله احكم الرجال في حقن دمائهم وانفسهم واصلاح ذات بينهم احق ام في ارنب ثمنها ربع درهم قالوا اللهم بل في حقن دمائهم واصلاح ذات بينهم قلت اخرجت من هذه قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم انه قاتل ولم يسب ولم يغنم اتسبون امكم عائشة رض فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي امكم لئن فعلتم لقد كفرتم فان قلتم ليست امنا لقد كفرتم قال الله تعالى النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم وازواجه امهاتهم فانتم بين ضلالتين فأتوا منها بمخرج اخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم انه محى نفسه من امير المؤمنين فان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا قريشا يوم الحديبية على ان يكتب بينه وبينهم كتابا فقال اكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله فقالوا والله لو كنا نعلم انك رسول الله ما صددناك عن البيت ولا قاتلناك ولكن اكتب محمد بن عبد الله فقال والله اني لرسول الله وان كذبتموني يا علي اكتب محمد بن عبد الله فرسول الله صلى الله عليه وسلم خير من علي رض وقد محى نفسه ولم يكن محوه ذلك محوا من النبوة اخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم فرجع منهم الفان وبقي سائرهم فقتلوا على ضلالتهم قتلهم المهاجرون والانصار وروى الحاكم ان عبد الله بن شداد سألته عائشة رض عن الذين قتلهم علي رض فقال لما كانت حرب معاوية وحكم الحكمين خرج عليه ثمانية آلاف من قراء الناس فنزلوا بارض يقال لها حروراء من جانب الكوفة الى ان قال فبعث اليهم علي عبد الله بن عباس فخرجت معه حتى اذا توسطنا عسكرهم قام ابن الكواء يخطب فقال يا حملة القرآن هذا عبد الله بن عباس فمن لم يكن يعرفه فانا اعرفه من كتاب الله ما يعرفه به هذا ممن نزل فيه وفي قومه بل هم قوم خصمون فردوه الى صاحبه ولا تواضعوه كتاب الله فقام خطباؤهم وقالوا والله لنواضعنه فواضعهم عبد الله بن عباس الكتاب ووضعوه ثلاثة ايام فرجع منهم اربعة آلاف فيهم ابن الكواء حتى ادخلهم الكوفة على علي رض الى آخر الحديث وقال على شرط البخاري ومسلم **قوله** ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه هكذا ذكر القدوري وهو ما قدمناه من قول علي رض ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا وذكر الامام الاجل المعروف بخواهر زاده ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يبدؤا حقيقة وهو قول مالك رح واحمد رح واكثر اهل العلم لان قتل المسلم لا يجوز الا دفعا وهم اي البغاة مسلمون لقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا ثم قال فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله ونحن ادرنا الحكم وهو حل القتال على دليل قتالهم وذلك هو الاجتماع على قصد القتال والامتناع لانه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع لتقوى شوكتهم وتكثر جمعهم خصوصا والفتنة يسرع اليها اهل الفساد وهم الاكثر والكلام في الخوارج والبغاة كذلك ويجب على كل من اطاق الدفع ان يقاتل مع الامام الا ان ابدوا ما يجوز لهم القتال لان ظلمهم او ظلم غيرهم ظلما لا شبهة فيه بل يجب ان يعينوهم حتى ينصفهم ويرجع عن جوره بخلاف ما اذا كان الحال مشتبها انه ظلم مثل تحميلهم بعض الجبايات التي للامام اخذها والحاق الضرر بها لدفع ضرر اعم منه ويجوز قتالهم بكل ما يقاتل به اهل الحرب من المنجنيق وارسال الماء والنار وخواهر زاده معناه ابن الاخت وكان ابن اخت القاضي الامام ابن ثابت قاضي سمرقند واسم خواهر زاده محمد وكنيته ابو بكر واسم ابيه حسين البخاري وهو معاصر شمس الائمة السرخسي وهو موافق له في اسمه وكنيته لان شمس الائمة اسمه محمد وكنيته ابو بكر بن سهل وتوفي كل منهما في العام الذي توفي فيه الآخر وهو عام ثمان وثمانين واربعمائة وفخر الاسلام ايضا معاصرهما وتوفي سنة اثنين وثمانين واربعمائة واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة رح من قوله

وإن كانت لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعاً لشرهم كيلا يلتحقوا بهم وإن لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر بدونه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز ذلك في الحالين لأن القتال إذا تركوه لم يبق قتلهم دفعاً وجوابه ما ذكرناه أن المعتبر دليله لا حقيقته ولا تسبى لهم ذرية ولا تقسم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الأسير تأويله إذا لم يكن لهم فئة فإن كانت يقتل الإمام الأسير وإن شاء حبسه لما ذكرنا ولأنهم مسلمون والإسلام يعصم النفس والمال ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون إليه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له أنه مال مسلم فلا ينتفع به إلا برضاه ولنا أن علياً رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي أولى والمعنى فيه إلحاق الضرر الأدنى لدفع الأعلى ويحبس الإمام أموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم أما عدم القسمة فلما بيناه وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وإن كان لا يحتاج إليها إلا أنه يبيع الكراع لأن حبس الثمن أنظر وأيسر وأما الرد فلاندفاع الضرورة بعد التوبة ولا استـ

الفتنة إذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله عليه الصلوة والسلام من فر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار وقال لواحد من الصحابة رضي الله عنهم كن حلساً من أحلاس بيتك رواه عنه الحسن بن زياد فمحمول على ما إذا لم يكن لهم إمام وما روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أنهم قعدوا في الفتنة محمول على أنه لم يكن لهم قدرة ولاحى وربما كان لبعضهم في تردد من حل القتال كما روي عن بعضهم أنه أتى علياً رضي الله عنه يطلب عطاءه من بيت المال فمنعه علي رضي الله عنه وقال له أين كنت يوم صفين فقال ائتني سيفاً أعرف به الحق من الباطل فقال له ما قال الله عز وجل وإنما قال فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله وما روي إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار محمول على قتالهما حمية وعصبية كما يتفق بين أهل القريتين والمحلتين أو لأجل الدنيا والمملكة قال الذهبي يصح عن أبي وائل عن أبي ميسرة عمرو بن شرحبيل قال رأيت كأن قباباً في رياض فقلت لمن هذه قالوا لذي الكلاع وأصحابه ورأيت كأن قباباً في رياض فقلت لمن هذه قيل لعمار بن ياسر وأصحابه فقلت وكيف وقد قتل بعضهم بعضاً قال إنهم وجدوا الله واسع المغفرة انتهى وهذا لأن قتالهم عن اجتهاد **قوله** فإن كان لهم فئة أجهز على جريحهم أي يسرع في إتمام قتله واتبع موليهم على البناء للمفعول فيهما بالقتل والأسر دفعاً لشرهم كيلا يلتحقوا أي الجريح والمولي بهم أي بالفئة على معنى القوم وإن لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع مولاهم لاندفاع الشر بدون ذلك وهو المطلوب وقال الشافعي رحمه الله وأحمد أيضاً لا يجوز ذلك أي الإجهاز والاتباع في الحالين حالي الفئة وعدمها لأن القتال إذا تركوه بالتولية والجراحة المعجزة عنه لم يبق قتلهم دفعاً ولا يجوز قتلهم إلا دفعاً لشرهم ولما روى ابن أبي شيبة عن عبد خير عن علي رضي الله عنه أنه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبراً ولا تجهزوا على جريحهم ومن ألقى سلاحه فهو آمن وأسند أيضاً ولا يقتل أسير وجوابه ما ذكرناه أن المعتبر في جواز القتل دليل قتالهم لا حقيقته لأن قتل من ذكرناه إذا كان له فئة لا يخرج عن كونه دفعاً لأنه يتحيز إلى الفئة ويعود شره كما كان وأصحاب الجمل لم يكن لهم فئة أخرى سواهم **قوله** ولا يسبى لهم ذرية إذا ظهر عليهم ولا يقسم لهم مال من المقاتلة لقول علي رضي الله عنه فيما روى ابن أبي شيبة أن علياً رضي الله عنه لما هزم طلحة وأصحابه أمر مناديه فنادى أن لا يقتل مقبل ولا مدبر يعني بعد الهزيمة ولا يفتح باب ولا يستحل فرج ولا مال وروى عبد الرزاق نحوه وزاد وكان علي رضي الله عنه لا يأخذ مال المقتول ويقول من اعترف شيئاً فليأخذه وروى تاريخ واسط بإسناده عن علي رضي الله عنه أنه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبراً ولا تجهزوا على جريحهم ولا تقتلوا أسيراً وإياكم والنساء وإن شتمن أعراضكم وسببن أمراءكم ولقد رأيتنا في الجاهلية وإن الرجل ليتناول المرأة بالجريدة أو بالهراوة فيعير بها هو وعقبه من بعده انتهى وفي حديث مرفوع رواه الحاكم في المستدرك والبزار في مسنده من حديث كوثر بن حكيم عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هل تدري يا ابن أم عبد كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الأمة قال الله ورسوله أعلم قال لا يجهز على جريحها ولا يقتل أسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيئها وأعله البزار بكوثر بن حكيم وبه تعقب الذهبي على الحاكم قال محمد رحمه الله بلغنا أن علياً رضي الله عنه ألقى ما أصاب من عسكر أهل النهروان في الرحبة فمن عرف شيئاً أخذه حتى كان آخره قدر حديد لإنسان فأخذه وقول علي رضي الله عنه في الأسير تأويله إذا لم يكن لهم فئة فإن كانت فالإمام بالخيار إن شاء قتل الأسير وإن كان عبداً يقاتل وإن شاء حبسه والعبد الذي لا يقاتل بل يخدم مولاه يحبس لما ذكرنا من دفع الشر بقدر الإمكان وفيه خلاف الأئمة الثلاثة ومبنى هذا الاعتبار أن يحكم نظره فيما هو أحسن الأمرين من كسر الشوكة من قتله وحبسه ويختلف ذلك بحسب الحال أي حال الناس والشيوخ والصبيان والنسوة وإذا أخذت المرأة من أهل البغي وكانت تقاتل حبست ولا تقتل إلا في حال مقاتلتها دفعاً وإنما تحبس للمعصية ولمنعها من الشر والفتنة **قوله** ولا بأس أن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج أهل العدل إليه وكذا الكراع يقاتلون عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز استعمالها في القتال وترد عليهم عند الأمن من شرهم ولا ترد قبله لأنه مال مسلم فلا يجوز ذلك إلا برضاه ولنا أن علياً رضي الله عنه الخ يريد ما رواه ابن أبي شيبة في آخر مصنفه في باب وقعة الجمل بسنده إلى ابن الحنفية أن علياً رضي الله عنه قسم يوم الجمل في العسكر ما أجافوا عليه من كراع وسلاح قال المصنف وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولولا أن

قال وما جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم فان كانوا صرفوه في حقه اجزأ من اخذ منه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك لانه لم يصل الى مستحقه قال المشايخ رحمهم الله لا اعادة عليهم في الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك وان كانوا اغنياء افتوا بالاعادة ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتأويله اذا لم يجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه فان قتله الباغي وقال قد كنت على حق وانا الآن على حق ورثه وان قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي رحمه الله واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم وقال الشافعي رحمه الله في القديم يضمن وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا او مالا له انه اتلف مالا معصوما او قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم رواه الزهري ولانه اتلف عن تاويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا انضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتأويلهم وهذا لان الاحكام لا تثبت الا بالالزام او الالتزام ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تاويل ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التاويل ثبت الالزام اعتقادا ... اذا ثبت هذا فنقول ان العادل اذا قتل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث ولابي يوسف ان التاويل الفاسد انما يلحق بالصحيح في حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث فلا يكون التاويل الفاسد ملحقا بالصحيح ولهما ان الحاجة الى دفع الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه بقاءه على ديانته فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع ...

فيما جباه كان التملك ببعض الكراهي في مليكه كان ابن ابي شيبة اسند عن ابي البختري لما انهزم اهل الجمل قال علي رضي الله عنه لا تطلبوا من كان خارجا من العسكر وماكان من دابة او سلاح فهو لكم وليس لكم ام ولد واي امرأة قتل زوجها فلتعتد اربعة اشهر وعشرا قالوا يا امير المؤمنين يحل لنا دماؤهم ولا يحل لنا نساؤهم فخاصموه فقال هاتوا نساءكم واقرعوا على عائشة رضي الله عنها وهي راس الامر وقائدهم قال فخصمهم علي رضي الله عنه وعرفوا وقالوا نستغفر الله قال المصنف رحمه الله ولا بأس للامام ان يفعل ذلك في حال العادل اي نستعين بكراعهم وسلاحهم عند حاجة المسلمين اليه ففي مال الباغي اولى والمعنى المجوز فيه انه دفع الضرر الاعلى وهو الضرر المتوقع لعامة المسلمين بالضرر الادنى وهو اضرار بعضهم بدفع ضرركلهم ويحبس الامام اموالهم لدفع شرهم واضعافهم بذلك ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم او على ورثتهم اذا ماتوا بعد ذلك واذا حبسها كان بيع الكراع اولى لان حبس الثمن انظر ولا ينفق عليه من بيت المال ليتوفر مؤنتها عليه بذا اذا لم يكن للامام بها حاجة **قوله** ما جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لا ياخذه الامام ثانيا اذا ظهر على البغاة لان ولاية الاخذ انما كانت له لحمايته اياهم ولم يحمهم وما قيل ان عليا رضي الله عنه لما ظهر على اهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جبوه فيه نظر لان الخوارج لا نعلم انهم غلبوا على بلدة فاخذوا جباياتها قالوا وكان ابن عمر اذا اتاه ساعي الحرورية دفع اليه زكوته وكذا سلمة بن الاكوع ثم ان كان صرفوه للحقه اي الى مصارفه اجزأ من اخذ منه ولا اعادة عليه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى من اخذ منهم ان يعيدوا الاداء فيما بينهم وبين الله تعالى قال المصنف رحمه الله قالوا اي المشايخ لا اعادة على الارباب في الخراج لانهم اي البغاة مقاتلة وهم مصرف الخراج وان كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك وان كانوا اغنياء افتوا بالاعادة وكذا في زكوة الاموال كلها لو اخذوها وتقدم ذلك والمدفوع مصادرة اذا نوى الدافع التصدق عليهم في كتاب الزكوة فارجع اليه **قوله** من قتل رجلا الخ يعني اذا كان رجلان من اهل البغي قتل احدهما الآخر لا يجب على القاتل دية ولا قصاص اذا ظهرنا عليهم لانه قتل نفسا يباح قتلها الا ترى ان العادل اذا قتله لا يجب عليه شيء فان كان مباح القتل لم يجب به شيء ولان القصاص لا يستوفى الا بالولاية وهي بالمنعة ولا ولاية لنا عليهم فلم يجب شيء فصار كالقتل في دار الحرب وعند الائمة الثلاثة يقتل به لان عندهم كل موضع تجب فيه العبادات في اوقاتها فهو كدار العدل وتقدم الكلام فيه **قوله** وان غلبوا على مصر من امصار اهل العدل فقتل رجل من اهل المصر رجلا منهم عمدا ثم ظهرنا على ذلك المصر ... ومعنى المسئلة كما قال فخر الاسلام انهم غلبوا ولم يجر فيها حكمهم بعد حتى ازعجهم امام العدل عن اهل المصر اي اخرجهم قبل تقرر حكمهم لانه حينئذ لم ينقطع ولاية الامام فوجب القود اما لو جرى حكمهم حتى صارت في حكم محل ولايتهم فلا قود ولا قصاص ولكن يستحق عذاب الآخرة **قوله** اذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه بالاتفاق لانه مامور بقتله فلا يحرم الميراث به وان قتل الباغي العادل وقال كنت على الحق وانا الآن على الحق ورثه فان قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يرث الباغي العادل في الوجهين وهو قول الشافعي رحمه الله واصله اي اصل هذا الخلاف في ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن عندنا ولا يأثم لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم وهذا بالاتفاق والباغي اذا قتل العادل بعد قيام منعتهم وشوكتهم لا يجب عليه الضمان عندنا ويأثم وبه قال احمد رحمه الله والشافعي رحمه الله في قوله الجديد ولو قتله قبل ذلك اقتص منه اتفاقا وكذا يضمنون المال وقال الشافعي رحمه الله في القديم يضمن وبه قال مالك رحمه الله لانها نفوس واموال معصومة فتضمن بالاتلاف ظلما وعدوانا وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا او مالا ولنا انه اتلاف ممن لا يعتقد وجوب الضمان في حال عدم ولاية الالزام عليه فلا يؤاخذ به قياسا على اهل الحرب الى ان قال فلا يكفي ان الضمان منفي بالمنعة مع التاويل فلو تجردت المنعة على التاويل كقوم غلبوا على اهل بلدة فقتلوا واستهلكوا الاموال بلا تاويل ثم ظهر عليهم اخذوا بجميع ذلك ولو تجرد التاويل عن المنعة بان انفرد واحد او اثنان

قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنه وفي عساكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة بأس لان الغلبة في الامصار لاهل السلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

فقتلوا واخذوا من تاويل ضمنوا اذا تابوا او قدر عليهم والدليل على ما ذكرناه اجماع الصحابة رض رواه الزهري قال عبد الرزاق في مصنفه انا معمر قال اخبرني الزهري ان سليمان بن هشام كتب اليه يسأله عن امرأة خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقت بالحرورية فتزوجت ثم رجعت الى اهلها تائبة قال فكتب اليه اما بعد فان الفتنة الاولى ثارت واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن شهد بدرا كثير فاجتمع رأيهم على ان لا يقيموا على احد حدا في فرج استحلوه بتاويل القرآن ولا قصاص في دم استحلوه بتاويل القرآن ولا يرد مال استحلوه بتاويل القرآن الا ان يوجد شيء بعينه فيرد على صاحبه واني ارى ان ترد على زوجها وان يحد من افترى عليها قال المصنف ولانه اتلف عن تاويل فاسد والفاسد من التاويل يلحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع اي نفي الضمان وصار كما في منعة اهل الحرب وتاويلهم ولا يخفى ان هذا الاعتبار وهو الحاق الفاسد من الاجتهاد الذي لم يسوغ حتى ضلل مرتكبه بالصحيح بشرط انضمام المنعة اليه وتعليله بانه عند انضمام المنعة ينقطع ولاية الالزام فيلزم السقوط كله مستند الى الاجماع المنقول من الصحابة والا فلا يلزم من العجز عن الالزام سقوطه شرعا بل انما يلزم سقوط الخطاب به ما دام العجز عن الزامه ثابتا فاذا ثبت القدرة تعلق خطاب الالزام كما يقول الشافعي لكن لما كان الاجماع المنقول في صورة مقيدة بما ذكرنا كان ذلك اصلا شرعيا ضرورة الاجماع المذكور واذا عرفت هذا فيقول ابو يوسف ره الحاق التاويل الفاسد بالصحيح بقول الصحابة رض كان في دفع الضمان وما الحاجة بنا الى اثبات الاستحقاق فالحاقه به بلا دليل وهذا يقولان المتحقق من الصحابة جعل تلك المنعة والاعتقاد دافعا ما لولاه لثبت لثبوت اسباب الثبوت الا ترى انه لولا تلك المنعة والاعتقاد لثبت الضمان لثبوت سببه من القتل عمدا واتلاف المال المعصوم فيتناول ما نحن فيه فان القرابة التي هي سبب استحقاق الميراث قائمة والقتل بغير حق مانع وجد عن اعتقاده الحقية مع المنعة فمنع مقتضاه من المنع فعمل السبب عمله من اثبات الميراث

قوله ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة باس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لانه يقاتل بعينه لا ما لا يقاتل به الا بصنعة تحدث فيه ونظيره كراهة بيع المعازف لان المعصية تقام بها عينها ولا يكره بيع الخشب المتخذة هي منه وعلى هذا بيع الخمر لا يصح ويصح بيع العنب والفرق في ذلك كله ما ذكرنا وقيل الفرق الصحيح ان الضرر هنا يرجع الى العامة وهناك يرجع الى الخاصة ذكره في الفوائد الظهيرية **فروع** اذا طلب اهل البغي الموادعة اجيبوا اليها اذا كان خيرا للمسلمين لان المسلمين قد يحتاجون الى الموادعة لحفظ قوتهم والاستعداد من التقوي عليهم ولا يؤخذ منهم عليها شيء لانهم مسلمون ومثله في المرتدين الا انهم اذا اخذوا وملكوا اتهم يجبرون على الاسلام واذا تاب اهل البغي تقدم انهم لا يضمنون ما اتلفوا وفي المبسوط روي عن محمد ره قال افتيهم بان يضمنوا ما اتلفوا من النفوس والاموال ولا الزمهم بذلك في الحكم قال شمس الائمة وهذا صحيح فانهم كانوا معتقدين الاسلام وقد ظهر لهم خطاؤهم الا ان ولاية الالزام كانت منقطعة للمنعة فيفتون به ولو استعان اهل البغي باهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد كما ان هذا الفعل من اهل البغي ليس نقضا للايمان فالذين انضموا اليهم من اهل الذمة لم يخرجوا من ان يكونوا ملتزمين حكم الاسلام في المعاملات وان يكونوا من اهل الدار فحكمهم حكم البغاة واذا وقعت الموادعة فاعطى كل فريق رهنا على ان ايهما غدر يقتل الآخرون الرهن فغدر اهل البغي وقتلوا الرهن لا يحل لاهل العدل قتل الرهن بل يحبسوهم حتى يهلك اهل البغي او يتوبوا لانهم صاروا آمنين بالموادعة او باعطائنا الامان لهم حين اخذناهم رهنا والغدر من غيرهم لا يؤاخذون به لكن يحبسون مخافة ان يرجعوا الى فئتهم وكذا اذا كان هذا الصلح بين المسلمين والكفار حبس رهنهم حتى

بالحاق

كتاب اللقيط

يسلموا فان ابوا جعلوا ذمة ووضعت عليهم الجزية لانهم خلصوا من ايدينا آمنين وحكي ان المنصور كان ابتلي به مع اهل الموصل ثم انهم غدروا وقتلوا
رهنة فجمع العلماء يستشيرهم في رهنهم فقالوا يقتلون كما شرطوا على انفسهم وفيهم ابو حنيفة رح ساكت فقال له ما تقول فقال اليس انك شرطت
لهم ما لا يحل وشرطوا لك ما لا يحل لك شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولا تزر وازرة وزر اخرى فاغلظ عليه القول وامر باخراجه من جنده وقال
ما دعوتك لشيء الا اتيتني بما اكره ثم جمعهم من الغد وقال تبين لي ان الصواب ما قلت فماذا تصنع بهم قال سل العلماء فسألهم فقالوا لا علم لنا فقال ابو حنيفة رح
توضع عليهم الجزية قال لم وهم لا يرضون بذلك قال لانهم رضوا بالمقام في دارنا على التابيد والكافر اذا رضي بذلك توضع عليه الجزية فاستحسن قوله واعتذر
اليه قال اذا آمن رجل من اهل العدل رجلا من اهل البغي جاز امانه لانه ليس اعلى شقاقا من الكافر وهناك يجوز فكذا هنا ولانه قد يحتاج الى مناظرته ليتوب ويتأتى
ذلك ما لم يأمن كل من الآخر ومنه لمن يقول لا بأس عليك ولا يجوز امان الذمي اذا كان يقاتل مع اهل البغي ولو ظهر اهل البغي على بلد فولوا فيه قاضيا
من اهله ليس من اهل البغي صح وعليه ان يقيم الحدود والحكم بين الناس بالعدل فان كتب هذا القاضي كتابا الى قاضي اهل العدل بحق لرجل من اهل مصره
شهادة من شهد عنده ان كان القاضي يعرفهم وليسوا من اهل البغي اجازه وان كانوا من اهل البغي او لا يعرفهم لا يعمل به لان الغالب فيمن يسكن عندهم
انه منهم ولا يقبل قاضي اهل العدل كتاب قاضي اهل البغي لانهم فسقة ويكره اخذ رؤسهم فيطاف بها في الآفاق لانه مثلة وجوزه بعض المتأخرين اذا كان فيه
طمأنينة قلوب اهل العدل او كسر شوكتهم ويكره للعادل قتل ابيه او اخيه من اهل البغي بخلاف اخيه الكافر فانه لا يكره لانه اجتمع في الباغي حرمتان حرمة الاسلام
وحرمة القرابة وفي الكافر حرمة واحدة فقط واذا كان رجل من اهل العدل في صف اهل البغي فقتله رجل من اهل العدل لم يكن عليه فيه دية كما لو كان في صف اهل الحرب لانه اهدر دمه
حين وقف في صفهم ولو دخل باغ بامان فقتله عادل عليه الدية كما لو قتل المسلم مستأمنا في دارنا وهذا البقاء شبهة الاباحة في دمه واذا حمل العادل على
الباغي فقال تبت والقى السلاح كف عنه كذا لو قال كف عني حتى انظر لعلي اتوب والقى السلاح وما لم يلق السلاح في صورة من الصور كان له قتله حتى القاه كف عنه بخلاف الحربي و
لا يلزمه الكف عنه بالقائه السلاح ولو غلب اهل البغي على بلد فقاتلهم آخرون من اهل البغي فارادوا ان يسبوا ذراري اهل المدينة وجب على اهل البلد ان يقاتلوا دون الذراري
لانهم لا يسبون فوجب قتالهم واذا وادع اهل البغي قوما من اهل الحرب لا يحل لاهل العدل غزوهم لانهم مسلمون وامان المسلم اذا كان في منعة نافذ على جميع المسلمين فان غدر بهم البغاة فسبوا
لا يحل لاحد من اهل العدل ان يشتري منهم ولو ظهر اهل البغي على اهل العدل فلجأوا الى دار الشرك لم يحل لهم ان يقاتلوا المشركين مع اهل الشرك لان حكم اهل الشرك ظاهر
عليهم لا يحل لهم ان يستعينوا باهل الشرك على اهل البغي اذا كان حكم اهل الشرك هو الظاهر ولا بأس بان يستعين اهل العدل بالبغاة والذميين على الخوارج اذا كان
حكم اهل العدل هو الظاهر لانهم يقاتلون لاعزاز الدين والاستعانة عليهم بقوم منهم او من اهل الذمة كالاستعانة عليهم بالكلاب واذا ولى البغاة قاضيا
في مكان غلبوا عليه فقضى بما شاء ثم ظهر اهل العدل فرفعت اقضيته الى قاضي العدل نفذ منها ما هو عدل وكذا ما قضاه برأي بعض المجتهدين لان قضاء القاضي
في المجتهدات نافذ وان كان مخالف الرأي قاضي العدل ولو استعان البغاة باهل الحرب فظهروا عليهم سبي اهل الحرب ولا يكون استعانة البغاة بهم امانا منهم لهم
حتى يلزمنا ما يلزمهم على ما قدمنا لان المستأمن من يدخل دار الاسلام تاركا للحرب وهؤلاء ما دخلوا الا ليقاتلوا المسلمين +

كتاب اللقيط

عقب اللقيط واللقطة الجهاد لما فيه من كون النفوس والاموال فيهما على عرضية التلف والفوات وقدم اللقيط على اللقطة لتعلقه بالنفس والمتعلق به مقدم على المتعلق بالمال اللقيط لغة ما يلقط اي يرفع من
الارض فعيل بمعنى مفعول سمي به الولد المطروح خوفا من العيلة او من تهمة الزنا به باعتبار ماله اليه لانه يؤول الى ان يلتقط في العادة كالتسمية في قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه [illegible]

اللقيط سمي به باعتبار ماله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب **قال** اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي رض ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية **قال** فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده

من احياء نفس مسلمة اذا لم يغلب على الظن ضياعه فان غلب على ظنه ضياعه كان واجبا وقول الشافعي وباقي الائمة الثلاثة فرض كفاية الا اذا خاف بلا كفرض عين يحتاج الى دليل الوجوب قبل الخوف نعم اذا غلب على الظن ضياعه او هلاكه فكما قالوا وهو المراد بالوجوب الذي ذكرناه لا الوجوب باصطلاحنا لان هذا الحكم وهو الزام التقاطه اذا خيف هلاكه مجمع عليه والثابت الزامه بقطعي **قوله** اللقيط حر كان الملتقط عبدا اي في جميع احكامه حتى يحد قاذفه والجناية عليه كالجناية على الاحرار ولا يحد قاذف امه لانا لا نعلم حريتها ولا اقامة الحد على احتمال السقوط وانما حكم الشرع فيه بالحرية لان الاصل في بني آدم الحرية لانهم اولاد خيار المسلمين آدم وحواء وانما عرض الرق بعروض الكفر لبعضهم فما لم يتيقن بالعارض لا يحكم به وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب وغالب من في جميع الدنيا الاحرار **قوله** ونفقته في بيت المال اي اذا لم يكن له مال وهذا بلا خلاف واصله ما روى مالك رح في الموطأ عن سنين ابي جميلة رجل من بني سليم انه وجد منبوذا في زمن عمر بن الخطاب رض فجئت به الى عمر رض فقال ما حملك على اخذ هذه النسمة فقال وجدتها ضائعة فاخذتها فقال له عريفه يا امير المؤمنين انه رجل صالح قال كذلك قال نعم قال اذهب به فهو حر وعلينا نفقته وعن مالك رح رواه الشافعي في مسنده وقال البيهقي وعن الشافعي يرويه عن مالك رح ويقول فيه وعلينا نفقته من بيت المال انتهى وكذلك رواه عبد الرزاق قال انا مالك رح عن ابن شهاب حدثني ابو جميلة انه وجد منبوذا على عهد عمر بن الخطاب رض فاتاه به فاتهمه عمر رض فاثنى عليه خيرا فقال عمر رض هو حر وولاؤه لك ونفقته من بيت المال وتهمة عمر رض دل عليها ما في رواية محمد رح عنه في حديث ابي جميلة ان قال له عسى الغوير ابؤسا وهو مثل لا يكون ظاهره خلاف باطنه واول من قالته الزباء وما قيل فيه دليل على ان الملتقط ينبغي ان يأتي به الامام او الى من يلي ذلك ان لم يشرع بالانفاق وقصد ان ينفق عليه من بيت المال كما فعل ابو جميلة يحتاج ان يأتي به اليه فاذا جاء به الى الامام لا يصدقه في تخريج من بيت المال نفقته الا ان يقيم بينة على الالتقاط لا يصح لانه ولذا قال عمر رض عسى الغوير ابؤسا والوجه انه لا يتوقف على البينة بل ترجح صدقه الا ترى ان عمر رض لما قال عريفه انه رجل صالح اتفق عليه فان هذه البينة ليست على احد ضائع البينات فانها لم تقم على خصم حاضر وانما كانت تترجح صدقه في اخباره بالالتقاط وكذا قال في المبسوط هذه لكشف الحال والبينة لكشف الحال مقبولة وان لم يكن على خصم قال الواقدي وحدثني محمد بن عبد الله ابن اخي الزهري عن سعيد بن المسيب قال كان عمر رض اذا اتي باللقيط فرض له ما يصلحه رزقا يأخذه وليه كل شهر ويوصي به خيرا ويجعل رضاعه في بيت المال ونفقته روى عبد الرزاق ثنا سفيان الثوري عن زهير بن ابي ثابت عن ذهل بن اوس عن تميم انه وجد لقيطا فاتى به الى علي رض فالحقه على مائة ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة اغنياء لتجب نفقته عليهم فكانت في بيت المال كالمقعد الذي لا مال له ولا ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان اي لبيت المال غنمه اي ميراثه وديته حتى لو وجد اللقيط قتيلا في محلة كان على اهل تلك المحلة ديته لبيت المال وعليهم القسامة وكذا اذا قتله الملتقط او غيره خطأ فالدية على عاقلته لبيت المال ولو قتله عمدا فالخيار الى الامام على ما تقدم في مثله فعليه غرمه ولهذا كانت جنايته في بيت المال وبه اخبر محمد حديث الحسن ان رجلا التقط لقيطا فاتى به عليا فقال هو حر ولان اكون وليت من امره مثل الذي وليت منه احب الي من كذا وكذا فحرض على ذلك ولم يأخذه منه بالولاية العامة ويبقى الامة لانه لا ينبغي للامام ان يأخذه من الملتقط الا بسبب يوجب ذلك لان يده سبقت اليه فهو احق به **قوله** والملتقط متبرع بالانفاق عليه لعدم ولايته على ان يلحقه الدين ليرجع عليه اذا كبر واكتسب الا انه يأمر القاضي به فيكون دينا عليه يعني بهذا القيد بان يقول انفق عليه يكون ذلك دينا عليه وظاهر المختصر المذكور في قوله الا ان يأمره الى آخره تقييده لو امره ولم يقل ليكون دينا لا يرجع بما انفق وهو كذلك في الاصح لان مطلق الامر بالانفاق انما يوجب ظاهر ترغيبه في اتمام الاحتساب وتحصيل الثواب وقيل يوجب له الرجوع لان امر القاضي

فإن ادعى مدع أنه ابنه فالقول قوله معناه إذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لأنه يتضمن إبطال حق الملتقط وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه لأنه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون إبطال يد الملتقط وقيل يبتنى عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والأصح أنه على القياس والاستحسان وقد عرف في الأصل وإن ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو أولى به لأن الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وإن لم يصف أحدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لأنه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه إلا إذا أقام الآخر البينة لأن البينة أقوى وإذا وجد في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم فادعى ذمي أنه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لأن دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وإبطال الإسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره

كأمر اللقيط بنفسه إذا كان كبيرا لعموم ولاية القاضي فإذا أنفق بالأمر الذي لا يصير دينا عليه فبلغ فادعى أنه أنفق عليه كذا فإن صدقه اللقيط رجع بنفسه أو كذبه فالقول قول اللقيط وعلى الملتقط البينة **قوله** فإن ادعى مدع أنه ابنه فالقول قوله ويثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان ذميا قال المصنف معناه إذا لم يدع الملتقط نسبه يعني سابقا على دعوى المدعي أو مقارنا أما إذا ادعياه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج أولى وإن ادعياه معا فالملتقط أولى ولو كان ذميا والخارج مسلم لاستوائهما في الدعوى وللأحد مرجح لكان صاحب اليد أولى وهو الذي يحكم بإسلام الولد ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحسان والقياس أن لا يثبت إلا ببينة لأنه يتضمن إبطال حق ثابت بمجرد دعواه وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء الثابت لعامة المسلمين وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه لأنه يتشرف بالنسب ويتأذى بانقطاعه إذ يعير به ويحصل له من يقوم بتربيته ومؤنته راغبا في ذلك غير ممتن به ويد الملتقط ما اعتبرت إلا لحصول مصلحته بها لا لذاتها ولا لاستحقاق ملك وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل بهذه الدعوة فيقدم عليه ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمنا مترتبا على وجوب اتصال هذا النفع إليه لأن الأب أحق بكونه في يده من الأجنبي وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح وكثير من المشايخ لا يذكرون غير هذا وذكر بعضهم أن عند البعض يثبت نسبه من المدعي ويكون في يد الملتقط للجمع بين منفعتي الولد والملتقط وليس بشيء وأما ثبوت النسب في دعوى ذي اليد فقيل يصح قياسا واستحسانا إذ ليس فيه قياس يخالف والصحيح أنهما يتأتيان فيه إلا أن وجه القياس فيه غيره في دعوى الخارج فإن ذلك هو استلزامه إبطال حق بمجرد دعوى وهنا هو استلزامه التناقض لأنه لما ادعى أنه لقطة كان نافيا نسبه فلما ادعاه تناقض ووجه الاستحسان فيه ما قدمنا والتناقض لا يضر في دعوى النسب لأنه مما يخفى ثم يظهر وهذا معنى ما في الأصل الذي أحال المصنف عليه ولو ادعاه اثنان خارجان معا فوصف أحدهما علامة في جسده فطابق فهو أولى به من الآخر إلا أن يقيم الآخر البينة فيقدم على ذي العلامة أو كان مسلما وذو العلامة ذمي فيقدم المسلم ولو أقاما البينة وأحدهما ذمي كان ابنا للمسلم ولو لم يصف أحدهما علامة كان ابنهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو الدعوى وكذا لو أقاما وهما مسلمان ولو كانت دعوة أحدهما سابقة على الآخر كان ابنه ولو وصف الثاني علامة لثبوته في وقت لا منازع فيه وإنما قدم ذو العلامة لترجيح بها بعد ثبوت سببي الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما بخلاف ادعاء اثنين عينا في يد ثالث وذكر أحدهما علامة لا يفيد شيئا وكذا في دعوى اللقطة لا يجب الدفع لو وصف لأن سبب الاستحقاق هناك ليس مجرد الدعوى بل البينة فلو قضي له لكان إثبات الاستحقاق ابتداء بالعلامة وذلك لا يجوز إنما حال العلامة ترجيح أحد السببين على الآخر ولو ادعاه اثنان خارجان فأقام أحدهما البينة أنه كان في يده قبل ذلك كان أحق به لظهور تقدم اليد وكلما لم تترجح دعوى واحد من المدعيين يكون ابنا لهما وعند الشافعي رحمه الله يرجع إلى القافة على ما قدمناه في باب الاستيلاد ولا يلحق بأكثر من اثنين عند أبي يوسف رحمه الله وهو رواية عن أحمد رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يلحق بأكثر من ثلاثة وفي شرح الطحاوي وإن كان المدعي أكثر من اثنين فعن أبي حنيفة أنه جوز إلى خمسة ولو ادعته امرأة لا تقبل إلا ببينة لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وإن ادعته امرأتان وأقامتا البينة فهو ابنهما عند أبي حنيفة رحمه الله في رواية أبي حفص رحمه الله وعنه أنه لا يكون ابن واحدة منهما وهو رواية عن أبي سليمان عنه وهذا كله في حال حياة اللقيط فلو مات عن مال فادعى إنسان نسبه لا يثبت لأن تصديقه كان باعتبار أن اللقيط محتاج إلى ذلك وبالموت استغنى عنه فبقي كلامه مجرد دعوى الميراث ولا يقبل إلا ببينة على ذلك

قوله وإذا وجد اللقيط في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم فهو مسلم لا فرق في ذلك بين كون ذلك المصر كان مصر الكفار ثم أجلوا فظهرنا عليه أو لا

وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة
وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي
كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية
الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل
منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه
وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك

ولا بد كونه فيه كفار كثيرون او لا فان ادعاه ذمي انه ابنه يثبت نسبه منه وكان مسلما استحسانا والقياس ان لا يثبت نسبه لان في ثبوت
نسبه منه نفي اسلامه الثابت بالدار وهو باطل وجه الاستحسان ان دعواه تضمنت شيئين ثبوت النسب وهو ينفع الصغير ونفي الاسلام الثابت بالدار وهو يضره
وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر لجواز مسلم هو ابن كافر بان اسلمت امه فصححنا دعوته فيما ينفعه في ثبوت النسب
دون ما يضره الا اذا اقام بينة من المسلمين على نسبه فحينئذ يكون كافرا وذكر ابن سماعة عن محمد في الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه نصراني وعليه
زي اهل الشرك فهو ابنه وهو نصراني وذلك ان يكون في رقبته صليب او عليه قميص ديباج او وسط راسه مجزوز انتهى ولا ينبغي ان يجعل قميص
الديباج علامة في هذه الديار لان المسلمين كثيرا ما يفعلونه واذا حكمنا بانه ابن ذمي وهو مسلم فيجب ان ينزع من يده اذا قارب ان يعقل الاديان كما قلنا
في الحضانة اذا كانت امه المطلقة كافرة قوله وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة في دار الاسلام كان ذميا بخلاف قال القدوري
قال المصنف هذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة فان كان مسلما في هذا المكان او في قرية من قرى اهل الذمة او بيعة او كنيسة او كان
الواجد ذميا لكن وجده في مكان المسلمين فقد اختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط العبرة بالمكان في الفصلين وهو اذا كان الواجد مسلما
في نحو الكنيسة او ذميا في غيرها في دار الاسلام وعليه مشى القدوري هنا لان المكان سابق والسبق من اسباب الترجيح وفي كتاب الدعوى
اختلف النسخ في بعض النسخ اعتبر الواجد في الفصلين وهو رواية ابن سماعة في الفصلين لان اليد اقوى من المكان الا يرى ان الصبي المسبي
مع احد الابوين الى دار الاسلام يكون كافرا حتى لا يصلى عليه اذا مات وفي بعض نسخه اي نسخ كتاب الدعوى من المبسوط اعتبر الاسلام اي
ما يصير الولد به مسلما نظرا للصغير ولا ينبغي ان يعدل عن ذلك وعلى هذا لو وجده كافر في دار الاسلام او مسلم في كنيسة كان مسلما فصارت الصور اربعا
اتفاقيتان وهو ما اذا وجده مسلم في قرية من قرى المسلمين فهو مسلم او كافر في نحو كنيسة فهو كافر واختلافيتان وهو مسلم في كنيسة او كافر في نحو بيت
للمسلمين وفي كفاية البيهقي رحمه الله قيل يعتبر بالسيما والزي لانه حجة قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم اي يعرف المجرمون بسيماهم وفي المبسوط لو اختلط الكفار
يعني موتاهم بموتانا يعتبر الفصل بالزي والعلامة فلو فتحت القسطنطينية فوجد فيها شيخ يعلم صبيانا حوله القرآن يزعم انه مسلم يجب الاخذ بقوله
قوله ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لان الاصل الحرية لما قدمنا الا ان يقيم بينة الا ان هذه البينة ليست على خصم فلا تقبل لا الملتقط
خصم لانه حق بثبوت يده عليه فلا تزول الا ببينة هنا وانما قلنا هنا كيلا ينتقض بما اذا ادعى خارج نسبه فان يده تزول بلا بينة على الاوجه والفرق
ان يده اعتبرت لمنفعة الولد وفي دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة التي اوجبت اعتبار يد الملتقط فيزال لحصول ما يفوق المقصود
من اعتبارها وهنا ليس دعوى العبدية كذلك مما يضره لتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزال الا ببينة قوله فان ادعى عبد انه ابنه
ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فيكون الاب عبدا والولد حرا لانه يتبع امه في الحرية والرق فيقبل فيما ينفعه
دون ما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذمي فلم يكن من ضرورة ثبوت نسبه منه رقه فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك اذا لم تعرف ولادته الى امرأة امته فان اضاف
الى امرأته الامة ففيه خلاف بين ابي يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله ذكره في الذخيرة ان الولد حر عند محمد رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله عبد فمحمد رحمه الله يقول في دعوى العبد
نفع هو النسب وضرر هو الرق واحدهما ينفصل عن الآخر فيعتبر فيما ينفعه دون ما يضره وابو يوسف رحمه الله يقول لما صدقه شرعا في ثبوت النسب يصدق فيما كان
من ضروراته فيحكم برقه تبعا بخلاف الذمي فانه ليس من ضرورته ثبوت كفره لجواز اسلام زوجته وعلى هذا لو قال الذمي انه من زوجتي الذمية لا يصدق في

والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد والمسلم أولى من الذمي ترجيحا لما هو الأنظر في حقه وإن وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتبارا للظاهر وكذا إذا كان مشدودا على دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضي لأنه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله إليه وقيل يصرفه بغير أمر القاضي لأنه للقيط ظاهرا وله ولاية الإنفاق وشراء ما لا بد له منه كالطعام والكسوة لأنه من الإنفاق ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال ولا تصرفه في مال الملتقط اعتبارا بالأم وهذا لأن ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما أحدهما قال ويجوز أن يقبض له الهبة لأنه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلا وتملكه الأم ووصيها قال ويسلمه في صناعة لأنه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال ويؤاجره قال العبد الضعيف وهذا رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الأصح وجه الأول أنه يرجع إلى تثقيفه ووجه الثاني أنه لا يملك إتلاف منافعه فأشبه العم بخلاف الأم لأنها تملكه على ما نذكره في الكراهية إن شاء الله تعالى

قوله والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد يعني إذا ادعياه وهما خارجان لما قدمنا أنه إذا كان الملتقط ذميا وادعاه مع مسلم خارج رجح عليه وكذا إذا ادعى الذمي أنه ابنه والمسلم أنه عبده فهو ابن الذمي لأنه يفوز بالنسب والحرية مع الحكم بإسلامه ولا كذلك في دعوى رقه إلا أن يقيم بينة رقه فيكون رقيقا كما أن الذمي إذا ادعاه ابنا له وأقام بينة من المسلمين يكون كافرا ولو وجد طفل في يد عبد محجور ذكر أنه التقطه ولا بينة له على الالتقاط وكذبه مولاه وقال هو عبدي فالقول قول المولى لأن العبد المحجور لا يد له على نفسه فما في يده كما في يد المولى وكذا الواقف بعين في يده الآخر وكذبه المولى لا يصح إقراره كما لو كان في يد المولى ولو كان العبد مأذونا في التجارة فالقول قول العبد لأن المأذون يدا على نفسه حتى صح إقراره بما في يده لغير السيد وإن كذبه السيد فيكون الولد الذي في يده حرا إلا أن يقيم سيده بينة أنه عبده قوله وإذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو دابة هو مشدود عليها فالكل له بالإطلاق اعتبارا للظاهر أي دفع ملك غيره عنه ثم ثبت ملكه في ذلك لقيام يده مع حريته المحكوم بها وقوله لما ذكرنا يريد قوله اعتبارا للظاهر ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضي لأنه مال ضائع أي لا حافظ له ومالكه وإن كان معه فلا قدرة له على الحفظ وللقاضي ولاية صرف مثله إليه وكذا الغير الواجد بأمره والقول قوله في نفقة مثله وقيل له صرفه عليه بغير أمر القاضي أيضا لأنه للقيط كما حكمنا به والواجد الإنفاق وشراء ما لا بد له منه من الطعام والكسوة لأنه من الإنفاق وشراء ما لا بد له عطف على ولاية من قوله وله ولاية الإنفاق أي للواجد ولاية الإنفاق وله شراء ما لا بد للقيط منه وبه قال أحمد رحمه الله ولا يجوز للملتقط تزويج اللقيط واللقيطة لانعدام سبب ولاية الإنكاح من القرابة والملك والسلطنة وبه قال الشافعي ولا تصرف في ماله بالبيع والشراء شيء ليستحق بالثمن دينا عليه لأن الذي إليه ليس إلا الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك اعتبارا بالأم فإنها لا تجوز لها ذلك مع أنها تملك من التصرفات ما لا يملكه الملتقط كالتزويج عند عدم العصبة فعدم ملكه لذلك أولى هذا أي عدم تصرف كل من الأم والملتقط بالبيع ونحوه لأن ولاية التصرف إنما هو لتثمير المال وذلك إنما يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود من كل منهما أحدهما لأن في الأم شفقة كاملة مع قصور في الرأي وفي الملتقط رأي كامل مع قصور شفقته لعدم القرابة ونظير ما ذكر المصنف رحمه الله هنا ما قدمه في ثبوت الخيار للصغيرة إذا بلغت وقد زوجها غير الأب والجد من كتاب النكاح قوله ويجوز أن يقبض أي الملتقط للقيط الهبة والصدقة عليه لأنه نفع محقق ولذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلا وتملكه الأم ووصيها قال القدوري رحمه الله ويسلمه في صناعة لأنه من باب التثقيف وحفظ حاله عن الشتات وصناعته من الفساد ثم قال القدوري رحمه الله ويؤاجره لأنه من التثقيف يعني التقويم وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره ذكره في الكراهية قال المصنف رحمه الله وهو الأصح لأنه لا يملك إتلاف منافعه فلا يملك تمليكها فأشبه العم بخلاف الأم لأنها تملك إتلاف منافعه بالاستخدام والإجارة بلا عوض فبالعوض بالإجارة أولى **فرع** ادعاه الملتقط عبدا له بعد ما عرف الالتقاط لا يصدق إلا ببينة كالخارج ولو ادعاه ذمي وأقام بينة من أهل الذمة أنه ابنه لا عبرة بها لأن نسبه ثبت بمجرد دعواه وأثر هذه البينة في كونه كافرا ولا يثبت بذلك ولو وجد مسلم وكافر فتنازعا في كونه عند أحدهما يقضى به للمسلم لأنه محكوم له بالإسلام فكان المسلم أولى بحفظه ولأنه يعلمه أحكام الإسلام بخلاف الكافر وإذا بلغ اللقيط فأقر أنه عبد فلان وفلان يدعيه إن كان قبل أن يقضى عليه بما لا يقضى به إلا على الأحرار كالحد الكامل ونحوه صح إقراره وصار عبدا لأنه غير متهم فيه وإن كان بعد القضاء بنحو ذلك لا يقبل ولا يصير عبدا لأن فيه إبطال حكم الحاكم ولأنه مكذب شرعا في ذلك فهو كما لو كذبه الذي أقر له بالرق ولو كانت اللقيطة امرأة فأقرت بالرق بعد ما كبرت إن كان

كتاب اللقطة

قال اللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً بل هو الأفضل عند عامة العلماء وهو الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك إذا تصادقا أنه أخذها للمالك لأن تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبينة ولو أقر أنه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع لأنه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع وإن لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يضمن والقول قوله لأن الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما أنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الأخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لأن الظاهر أن يكون المتصرف عاملاً لنفسه ويكفيه في الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة أو أكثر لأنه اسم جنس

بعد التزويج صح وكانت أمة للمقر له فلا يصدق في إبطال النكاح لأن الرق لا ينافي النكاح ابتداء ولا بقاء فليس من ضرورة الحكم برقها انتفاء النكاح ولو بلغ فتزوج امرأة ثم أقر أنه عبد لفلان وللمرأة عليه صداق وصداقها لازم عليه لا يصدق في إبطاله لأنه دين ظهر وجوبه فهو متهم في إقراره هذا وكذا إذا استدان ديناً أو بايع إنساناً أو كفل كفالة أو وهب أو تصدق أو سلم أو برأ أو كاتب أو أعتق ثم أقر أنه عبد لفلان لا يصدق في إبطال شيء من ذلك لأنه متهم وتقدم أن ميراثه لبيت المال خلوائه والارجل أو عبداً ودرك الملتقط أو غيره إن كان قبل أن يتأكد ولاؤه لبيت المال بأن يجني جناية وعقل بيت المال فلا يصح لأنه لا ينقل ولاؤه عن بيت المال وإن كان قبل ذلك جاز وإن لم يتأكد لبيت المال فإن والى أحداً جاز كالذي أسلم من أهل الحرب له أن يوالي من شاء إلا أن يجني فيعقل عنه بيت المال

كتاب اللقطة

هي فعلة بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة للكثير الهمز وبفتحها للمفعول كضحكة وهزؤة للذي يضحك منه ويهزأ به وإنما قيل للمال لقطة بالفتح لأن طباع النفوس في الغالب تتبادر إلى التقاطه لأنه مال فصار المال باعتبار أنه داع إلى أخذه بمعنى فيه نفسه كأنه الكثير الالتقاط مجازاً والا فحقيقته الملتقط الكثير الالتقاط وما عن الأصمعي وابن الأعرابي أنه بفتح القاف اسم للمال أيضاً محمول على هذا المعنى يطلق على المال أيضاً ثم اختلف في صفة رفعها فنقل عن المتقشفة أنه لا يحل له لأنه مال الغير فلا يضع يده عليه بغير إذنه وبعض التابعين وبه قال أحمد يحل والترك أفضل لا يحل فلأنه عليه الصلاة والسلام لم ينه عن ذلك ولا أنكر على فاعله بل أمر وتعريفها على ما سنذكره وأسند إسحق بن راهويه عنه عليه السلام من أصاب لقطة فليشهد ذوا عدل وأما أفضلية الترك فلأن صاحبها يطلبها في المكان الذي تلفت فيه ولو لم يذكر خصوص المكان فإذا تركها كل أحد فالظاهر أن يجدها صاحبها لأنه لا بد عادة أن يمر في ذلك المكان مرة أخرى في عمره ولأن الظاهر أن سقوطها في أثناء الطرقات التي يمر بها أو يجلس في عادة أمره وعادة الفقهاء على أنه إليه وقيده الطحاوي وغيره بما إذا كان يأمن على نفسه فإن كان لا يأمن تركها ولأنه يجوز أن يحصل يد خائنة إليها فإن غلب على ظنه ذلك إن لم يأخذها ففي الخلاصة يفترض الرفع ولو رفعها ثم بدا له أن يضعها في مكانها ففي ظاهر الرواية لا ضمان عليه وسنذكره قوله واللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أن يأخذها ليحفظها فيردها على صاحبها لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً بل هو الأفضل وظاهر المبسوط اشتراط عدلين الخ وإذا كان كذلك يعني إذا كان أشهد وإذا كان أمانة بأن أشهد لا تكون مضمونة عليها فلو هلكت بغير صنع لا ضمان عليه وكذا إذا صدقه المالك في قوله أنه أخذها ليردها لأن تصادقهما كبينة على أنه قد تقرر لو أقر أنه أخذها لنفسه ضمنها بالإجماع وإن لم يشهد وقال أخذتها للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يضمن وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في شرح الأقطع ذكر محمداً مع أبي يوسف والقول له مع يمينه أنه أخذها ليردها لأن الظاهر شاهد له إذ الظاهر من حال المسلم اختياره الحسبة لا المعصية ولأن الأخذ مأذون فيه شرعاً بقيد كونه للمالك فإذا أخذ إن لم يكن الظاهر أنه أخذه للمالك فلا أقل من أن يكون مشكوكاً في أنه أخذه له أو لنفسه فلا يضمن بالشك ولهما أنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الأخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكره أبو يوسف من الظاهر يعارضه مثله لأن الظاهر كون المتصرف عاملاً لنفسه فإن قال كون أخذ المال سبباً للضمان إذا لم يكن بإذن الشرع فأما بإذنه فممنوع وإذا لم يثبت أن هذا الأخذ سبب للضمان لم يقع الشك في البراءة بعد ثبوت سبب الضمان حتى ينفع ما ذكرتم فالجواب أن إذن الشرع مقيد بالإشهاد عند الإمكان على ما ذكرنا أن الظاهر رواية إسحق من أصاب لقطة فليشهد ذوا عدل وهذا الاختلاف

قال فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرّفها أياما وإن كانت عشرة فصاعدا عرّفها حولا قال العبد الضعيف وهذه رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقوله أياما معناه على حسب ما يرى الإمام وقدره محمد في الأصل بالحول من غير فصل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لقوله عليه السلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الأول أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الألف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الألف بوجه ما ففوضنا إلى رأي المبتلى به

فيما إذا أمكنه الإشهاد وإذا لم يمكنه عند الرفع أو خاف أنه إن أشهد عند الأخذ يأخذ منه الظالم فتركه لا يضمن بالاجماع والقول قوله مع يمينه ويكفي من الإشهاد كذا قال ويكفيه في الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد ضالة فدلوه على أو عندي ضالة أو شيء فمن سمعتموه فدلوه على ... يقال ملكت لا يضمن ثم لا فرق بين كون اللقطة واحدة أو أكثر لأنه أي اللقطة تناول الملتقط اسم جنس لا يجب أن يبين ذهبا أو فضة منصوصا في هذا الزمان قال الحلواني أدنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الأخذ ويقول أخذتها لأردها فإن فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفى فجعل التعريف إشهادا وقول المصنف ويكفيه من الإشهاد أن يقول الخ يعني مثله فاقتضى هذا الكلام أن يكون الإشهاد الذي أمر به في الحديث هو التعريف وقوله عليه الصلاة والسلام من وجد ضالة فليشهد ذا عدل وليعرفها ويكون قوله ذا عدل ليفيد عنده أي المالك التعريف أي الإشهاد فإنه إذا استشهد ثم عرف بحضرته لا يقبل ما لم يكن عدلا وإلا فالتعريف لا يقتصر على ما يحضره العدول ثم على هذا خلافية أبي يوسف رحمه الله فيما إذا لم يعرفها أصلا حتى ادعى صاحبها وادعى أنها كانت عنده ليردها وأخذها لذلك وقولهما أن إذن الشرع مقيد بالإشهاد أي بالتعريف فإذا لم يعرفها فقد ترك ما أمره به شرعا في الأخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن أنه أخذها لنفسه على هذا لا يلزم الإشهاد أي التعريف وقت الأخذ لابد منه قبل الهلاك ليعرف به أنه أخذها للرد لا لنفسه حينئذ ذكر في ظاهر الرواية أنه إذا أخذها ثم ردها إلى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه حولها في مكانها بعد ما ذهب ثم رجع وظاهر الرد يقتضي براءته لأنه بأخذها لنفسه ينبغي الضمان حتى وقيده بعض المشائخ بما إذا لم يذهب بها فإن ذهب بها ثم أعادها ضمن وبعضهم ضمنه ذهب بها أو لي والوجه ظاهر المذهب وما ذكرنا لا ينفي وجه التضمين بكونه مضيعا مال غيره إن لم يكن لازمه حفظه بالأخذ قوله فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياما وفسر المصنف بحسب ما يرى من الأيام من غير تفصيل وذلك أنه روى عن أبي حنيفة رحمه الله أن كانت مائتين فصاعدا عرفها حولا وإن كانت أقل من مائتين إلى عشرة عرفها شهرا وإن كانت أقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى وفي رواية أخرى قال فيما دون العشرة إن كانت ثلاثة فصاعدا يعني إلى العشرة يعرفها عشرة أيام وإن كانت درهما فصاعدا يعني إلى ثلاثة يعرفها ثلاثة أيام وإن كانت دانقا فصاعدا يعرفها يوما وإن كانت دون الدانق ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه في كف فقير قال شمس الأئمة شيء من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وهذا أحسن بالرواية التي ذكرناها قبلها وهو جيد والظاهر أنه إنما قدر بتلك التقديرات في القليل لغلبة الظن أن المالك في تلك المقادير لا يطلبها بعد تلك المدة فكان المعول عليه غلبة الظن تركها وظاهر الرواية وهو ما ذكره محمد في الأصل تقديره بالحول من غير فصل بين قليل وكثير وهو قول مالك والشافعي رحمه الله وأحمد رحمه الله لقوله عليه الصلاة والسلام ما استنكره وكذا روي عن عمر رضي الله عنه وعلي رضي الله عنه وابن عباس رضي الله عنهما وجه ما ذكر المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وفيه ألفاظ منها ما رواه البزار عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل ومضمر لا تحل اللقطة أي لا تحل للملتقط تملكها وهذا لا يتعرض للالتقاط نفسه وفي الصحيحين عن زيد بن خالد الجهني سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها ثم استنفقها فإن جاء صاحبها فأدها إليه وجه الأول أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم والعشرة فما فوقها في معنى الألف شرعا في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول الحاقا لها بما فيه الزكاة من المائتين فما فوقها

وقيل الصحيح أن شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وإن كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى إذا خاف أن يفسد تصدق به وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها وفي الجامع لأن ذلك أقرب إلى الوصول إلى صاحبها وإن كانت شيئا يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون إلقاؤه إباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه يبقى على ملك مالكه لأن التمليك من المجهول لا يصح قال فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها إيصالا للحق إلى المستحق وهو واجب بقدر الإمكان وذلك بإيصال عينها عند الظفر بصاحبها وإيصال العوض وهو الثواب على اعتبار إجازته التصدق بها وإن شاء أمسكها رجاء الظفر بصاحبها قال فإن جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لأن التصدق وإن حصل بإذن الشرع لم يحصل بإذنه فيتوقف على إجازته والملك يثبت للفقير قبل الإجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الإجازة فيه وإن شاء ضمن الملتقط لأنه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه إلا أنه بإباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وإن شاء ضمن المسكين إذا هلك في يده لأنه قبض ماله بغير إذنه وإن كان قائما أخذه لأنه وجد عين ماله

احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الألف شرعا بوجه ففوضنا التعريف فيها إلى رأي المبتلى به والمراد بقوله كانت مائة دينار ما في الصحيحين واللفظ للبخاري من أبي بن كعب قال أخذت صرة مائة دينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم أجد ثم أتيته بها فقال عرفها حولا فعرفتها فلم أجد ثم أتيته ثلاثا فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها وهذا يقتضي قصر حديث العام على هذه المائة دينار وليس كذلك بل قد ورد الأمر بالتعريف سنة من غير حديث مطلقا عن صورة المائة دينار كما قدمنا وغيره مما لم نذكره **قوله** وقيل الصحيح أن شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ولا التقدير بالأيام ويفوض إلى رأي المبتلى به يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وهذا ذكره شمس الأئمة واختاره واستدل عليه بحديث الثلاث سنين في المائة دينار فإنه يعرف به أن ليس السنة بتقدير لازم بل ما يقع عند الملتقط أن صاحبه يتركه بعد المدة أولى وهذا يختلف باختلاف خطر المال ألا ترى أن المال لما كان ذا خطر كبير أمره عليه الصلاة والسلام أن يعرفه ثلاث سنين **قوله** وإن كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى يخاف فساده فيتصدق به قال المصنف وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها فيه وفي الجامع يعني الأسواق وأبواب المساجد فينادي من ضاع له شيء فليطلبه عندي واعلم أن ظاهر الأمر بتعريفها سنة يقتضي تكرار التعريف عرفا وعادة وإن كان ظرفية السنة للتعريف يصدق بوقوعه مرة واحدة لكن يجب حمله على المعتاد من أن يفعله وقتا بعد وقت ويكرر ذلك كلما وجد مظنة وما قدمنا من قول الولوالجي ما يفيد الاكتفاء بالمرة الواحدة وهو من دفع الضمان عنه أما الوجوب فإن يذكر بالمرة بعد أخرى **قوله** وإن كانت اللقطة شيئا يعلم أن صاحبه لا يطلبه كالنواة وقشور الرمان يكون إلقاؤه إباحة فيجوز الانتفاع بها للواجد فلا تعريف وعنه صلى الله عليه وسلم أنه رأى تمرة على الطريق فقال لولا أخشى أن تكون من تمر الصدقة لأكلتها ولا يعلم خلاف فيه بين العلماء ولكن تبقى على ملك مالكها حتى إذا وجدها في يده له أخذها لأن الإباحة لا تخرجه عن ملك مالكه وإنما كان إلقاؤها إباحة لا تمليكا لأن التمليك من المجهول لا يصح وذكر شيخ الإسلام أنها لو كانت متفرقة فجمعها ليس للمالك أخذها لأنه لا يصير ملكا له بالجمع وعلى هذا التقاط السنابل وبه كان يفتي الصدر الشهيد وفي غير موضع تقييد هذا الجواب أعني جواز الانتفاع بها بما إذا كانت متفرقة فإن كانت مجتمعة في مكان فلا يجوز الانتفاع بها لأن صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه ما ألقاها واعترض عليه بل سقطت منه أو ضاعت منه وعن أبي يوسف رحمه الله لو جز صوف شاة ميتة كان له أن ينتفع به ولو وجده صاحب الشاة في يده كان له أن يأخذه منه ولو دبغ جلدها كان لصاحبها أن يأخذها بعد ما يعطيه ما زاد الدباغ وفي الخلاصة والتفاح والكمثرى والحطب في الماء لا بأس بأخذه **قوله** فإن جاء صاحبها أخذها وإلا تصدق بها أو أكلها إن كان فقيرا أو تفرقها بإذن الإمام وتملكها إن شاء وإن شاء أمسكها أبدا حتى يجيء صاحبها وإذا خشي الموت يوصي بها كيلا تدخل في المواريث ثم الورثة أيضا يعرفونها ومقتضى النظر أنهم لو لم يعرفوها حتى هلكت وجاء صاحبها أن يضمنوا لأنهم وضعوا أيديهم على اللقطة ولم تشهد أي لم يعرفوا ويغلب على الظن بذلك أن قصدهم تملكها ويجري فيه خلاف أبي يوسف رحمه الله وسيأتي الخلاف في ذلك في آخر الباب فإن جاء صاحبها بعد التصدق فهو بالخيار بين ثلاث إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لأن التصدق وإن حصل بإذن الشرع لم يحصل بإذنه أي بإذن المالك وحصول الثواب للإنسان يكون بفعل مختار له ولم يوجد ذلك قبل لحوق الإذن والرضا فبالإجازة والرضا يصير كأنه فعل بنفسه رضاه بذلك فإن قيل ليت تلحقه الإجازة وهي تتوقف على قيام المحل وقد يكون مجيء المالك بعد استهلاك الفقير لها أجاب بأن ذلك فيما توقف نفاذ الملك على الإجازة

قال ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي إذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما أن الأصل في أخذ مال الغير الحرمة وإباحة الالتقاط مخافة الضياع وإذا كان معها ما تدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضي بالكراهة والندب إلى الترك ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما في الشاة وإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك وإن أنفق بأمره كان ذلك دينا على صاحبها لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الإنفاق على ما بينا وإذا رفع ذلك إلى الحاكم نظر فيه فإن كان للبهيمة منفعة آجرها وأنفق عليها من أجرتها لأن فيه إبقاء العين على ملكه من غير إلزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق وإن لم يكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها لأنه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا إنما يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها فإذا لم يظهر يأمر ببيعها لأن دارّة النفقة مستأصلة فلا نظر في الإنفاق مدة مديدة قال في الأصل شرط إقامة البينة وهو الصحيح لأنه يحتمل أن يكون غصبا في يده ولا يأمر فيه بالإنفاق وإنما يأمر به في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست بينة تقام للقضاء وإن قال لا بينة لي يقول القاضي له أنفق عليه إن كنت صادقا فيما قلت حتى يرجع على المالك إن كان صادقا ولا يرجع إن كان غاصبا وقوله وجعل النفقة دينا على صاحبها إشارة إلى أنه إنما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم تبع اللقطة إذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذا أصح الروايتين وإذا حضر المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة لأنه حي بنفقته فصار كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه المبيع وأقرب من ذلك راد الآبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط إذا هلك بعد الحبس

كما في بيع الفضولي أما هنا فالملك يثبت قبل ذلك شرعا لأن الأمر بالتصدق عند عدم ظهور المالك بعد التعريف وليد بمقصود دون ملك المتصدق عليه وإذا ثبت الملك قبلها ومعلوم أنه يطلق للتصرف وحال الفقير يقتضي سرعة استهلاكها ثبت عدم توقف اعتبارها على قيام المحل لمن ثبوت اعتبارها بعد الاستهلاك شرعا إجماعا حتى ينتقل إليه الثواب وإن شاء ضمن الملتقط لأنه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه فإن قلت لكنه بإذن الشرع وإباحة منه قلت الثابت من الشارع إذنه في التصدق لا إيجابه وهذا القدر لا ينافي وجوب الضمان حقا للعبد كما في إذنه في تناول مال الغير عند المخمصة والمرور في الطريق مع ثبوت الضمان فإذا جاز أن يثبت إذنه مقيدا به كما ذكرنا وجب أن يثبت كذلك لأن الأصل ثبوت ضمان مال العبد على المتصرف فيه بغير إذنه وإن شاء ضمن المسكين إذا كان المدفوع إليه هالكا في يده لأنه قبض ماله بغير إذنه فإن قلت إذا قبضها الفقير ثبت ملكه فيها بإذن الشرع فكيف يسترجعها أجيب بأنه لا مانع من ثبوت الملك بإذن الشرع مع ثبوت حق الاسترداد كما في الهبة والمرتد إذا لحق بدار الحرب مسلما بعد أخذ الورثة ماله بعد الحكم باللحاق وإذا كان كذلك فيجعل كذلك عند عدم إذنه وإن كان قائما أخذه لأنه وجد عين ماله ونقل عن القاضي أبي جعفر من أنه إنما يرجع على الملتقط إذا تصدق بغير أمر القاضي أما إذا كان بأمره فلا يرجع رده بأنه خلاف المذهب فإنه لو تصدق القاضي بنفسه كان للمالك أن يضمنه إذا فضلا عن الملتقط المتصدق بأمره وهذا لأن القاضي ناظر للغيب في أموالهم حفظا لها لا إتلافا وإنما يغنم من إتلافه الأمالز منه شرعا القيام به والتصدق ليس كذلك **قوله** ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي وأحمد إذا وجد البقر والبعير في الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما أن الأصل في أخذ مال الغير الحرمة وإباحة الالتقاط مخافة الضياع إذا كان معها ما يدفع عن نفسها كالقرن مع القوة في البقر والرفس مع الكدم وزيادة القوة في البعير والفرس يقل ظن الضياع ولكنه يتوهم فيقضي بالكراهة في الأخذ والندب إلى الترك هذا ولكن كلامهم يقتضي الخلاف في جواز الأخذ وحله وهو الظاهر ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما في الشاة لكن هذا قياس معارض بما روى أصحاب الكتب الستة كلهم عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني قال جاء رجل سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها قلت فضالة الغنم قال لك أو لأخيك أو للذئب وفي الصحيح قال خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب قال فضالة الإبل قال ما لك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر فذرها حتى يجدها ربها وروى أبو داود عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة لحقت ببقره حتى توارت فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يؤوي الضالة إلا ضال وقال عليه الصلاة والسلام إن ضالة المسلم حرق النار رواه الجماعة وفي المبسوط بأن ذلك كان إذ ذاك لغلبة أهل الصلاح والأمانة لا تصل إليها يد خائنة فإذا تركها وجدها فأما في زماننا فلا يأمن وصول يد خائنة إليها بعده ففي أخذها إحياؤها وحفظها على صاحبها فهو أولى ومقتضاه إن غلب على ظنه ذلك أن يجب الالتقاط وهذا حق فإنا نقطع بأن مقصود الشارع وصولها إلى ربها وإن ذلك طريق الوصول فإذا تغير الزمان وصار طريق التلف فحكمه عنده بلا شك خلافه وهو الالتقاط للحفظ والرد واقعي ما فيه أن يكون حكما في الأوقات خصوصا بعض الأوقات بضرورة العقل ثم لم يتأيد بحديث عياض بن حمار أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الضالة فقال عرفها فإن جاء ربها وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء قد يتأيد بزيادة تمام الوجه قوله فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك عن أن يشغلها بالدين بلا إذنه وإن أنفق بأمره كان دينا عليه لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الإنفاق على ما بين الآن فإذا رفع إلى الحاكم فإن كان للبهيمة منفعة وثم من يستأجرها وأنفق عليها من أجرتها لأن فيه إبقاء العين

قال ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي يجب التعريف في لقطة الحرم الى ان يجيء صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم ولا يحل لقطتها الا لمنشدها ولنا
قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه
فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روي انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا

على مالك مالكها بلا الزام دين عليه كذا يفعل بالعبد الآبق وان لم تكن له منفعة او لم يجد من يستأجرها وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وامر
بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة فان الثمن يقوم مقام العين اذ يصل به الى مثله في الجملة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن
له في ذلك وجعل النفقة دينا عليها اذ فيه نظر من الجانبين جانب المالك بابقاء عين ماله وجانب الملتقط بالرجوع قال المشائخ انما يأمر بالانفاق
يومين او ثلاثة على قدر ما يرجى ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة للعين معنى بل ربما تذهب العين وتفضل
الدين على مالكها ولا نظر في ذلك اصلا بل ينبغي ان لا ينفذ من القاضي ذلك لو امر به للتيقن بعدم النظر واذا باعها اعطى الملتقط من ثمنها ما انفق
في اليومين او الثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين عليه بعلم القاضي وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه كان له ان يأخذه وللقاضي
ان يعينه عليه ولو باعها بغير امر القاضي لا ينفذ بل يتوقف على اجازة المالك فان جاء وهي قائمة في يد المشتري فان شاء اجاز البيع وان شاء
ابطله واخذها من يده وان جاء وهي هالكة فان شاء ضمن المشتري قيمتها وان شاء ضمن البائع فان ضمن البائع نفذ البيع لان ملك الملتقط
من حين اخذ وان كان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة وفي الاصل يعني المبسوط اشترط البينة فانه قال فان كان رفعها الى القاضي واقام
بينة انه التقطها امره ان ينفق وتحمله المصنف رد لانه يحتمل انه غصبها ولا يؤمر بالنفقة الا في الوديعة وهذه البينة لكشف الحال اي لينكشف للقاضي
انه التقطها لا للقضاء فلا يحتاج الى خصم له ذكره في المبسوط وفي الذخيرة الامام خصم فيها عن صاحبها وان قال الملتقط لا بينة لي يقول له انفق عليها
ان كنت صادقا وفي الذخيرة يقول له ذلك بين يدي الثقات بان يقول امرته بالانفاق او البيع ان كان الامر كما قال وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا
على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع اذا شرط القاضي ذلك وهذه رواية وهو الاصح وقيل يرجع بمجرد امره وقد مر في اللقيط واذا حضر المالك فللملتقط
ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حي بنفقته فصار كانه استفاد الملك منه فاشبه المبيع منه او قريب من ذلك رد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل
لما ذكرنا من التشبيه بالمبيع ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس كالرهن من
حيث تعلق حقه به كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من ماله له ان يرجع على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط عن الموكل ولو هلك بعده سقط لانه كالمبيع
بعد ثبوت الحبس هكذا ذكره المصنف ولم يحك خلافا وحافظ الدين في الكافي ايضا فيفهم انه المذهب وجعل القدوري هذا قول زفر وحده قال في التقريب
قال اصحابنا لو انفق على اللقطة بامر القاضي وحبسها بالنفقة فهلكت لم تسقط النفقة خلافا لزفر لانها دين غير بدل عن عين ولا عن عمل منه
فيها ولا تناولها اي العين عقد يوجب الضمان وصرح في الينابيع بعدم السقوط عن علمائنا الثلاثة فقال لو انفق الملتقط على اللقطة بامر الحاكم وحبسها
ليأخذ ما انفق عليها فهلكت لم تسقط النفقة عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر وحاصل الوجه المذكور في التقريب نفي الحكم اعني السقوط لعدم دليل السقوط
فان الدين ثابت وليست العين الملتقطة رهنا ليسقط بهلاكها اذ لم يتناولها عقد الرهن والمصنف اوجد الدليل وهو الالحاق بالرهن وان لم يكن
رهنا حقيقة لكن النقل كما رأيت واما ما نقل عن ابي يوسف رحمه الله انه ليس له حبسها اصلا فابعد قوله لقطة الحل والحرم سواء وبه قال مالك واحمد في رواية والشافعي
في قول وفي قول يعرفها ابدا حتى يجيء صاحبها لا حكم لها سوى ذلك من تصدق ولا تملك لقوله عليه الصلاة والسلام فيما ثبت في الصحيحين من
حديث ابي هريرة رضي الله عنه لما فتح الله على رسوله مكة قام النبي صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله واثنى عليه ثم قال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانها
لم تحل لاحد قبلي وانما احلت لي ساعة من نهار وانها لا تحل لاحد بعدي لا ينفر صيدها ولا يختلى شوكها ولا تحل ساقطتها الا لمنشد الحديث والمنشد المعرف والناشد الطالب

او تملك

واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي يجبر والعلامة مثل ان يسمى وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما ان صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا تشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق الا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك الا انه يحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده واذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة اذا صدقه وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا

قال المنتقى ليس لقطة اباحة اشاعة النشد المنافي يرعى وليس وهو معتاد والنقل من الاول انشد الناشد يشدها والنشد بالانشاد اذا عرفتها ومن الثاني انشدتها انشد بالنشد ونشدتها بكسر النون اذا طلبتها وقال اطلاق قوله عليه الصلوة والسلام في حديث زيد بن خالد الجهني وغيره وسئل عن اللقطة فقال اعرف عفاصها اي وعاءها من جلدة او خرقة ونحوها ووكاءها اي رباطها الذي تشد به ثم عرفها سنة وتقدم فاما ان يقتضي العام والخاص وياما ان يتعارضا فيحمل كل على محمل سواء ولكن لا تعارض لان معناه لا يحل الالتقاط الا لمن يعرف ولا يحل لنفسه تخصيصه حينئذ الرفع وهم عن التعريف بها بسبب ان الغابران ما وجدها من لقطة والغالب انه للغرباء وقد تفرقوا فلا يفيد التعريف فيسقط كما يسقط في اللقطة التي في الصحراء فبين عليه الصلوة والسلام انها كغيرها من البلاد في وجوب التعريف وقد ثبت في صحيح مسلم انه عليه الصلوة والسلام نهى عن لقطة الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجيء صاحبها ولا عمل على هذا في هذا الزمان لفشو السرقة بمكة من حوالي الكعبة فضلا عن المتروك والاحكام اذا علم شرعيتها باعتبار شيء ثم علم ثبوت حمده وتضمنا لمفسدة تتقيد بشرع علته معه علم انقطاعها بخلاف الحكم المشروع تعبدا بسبب اذا علم انتفاؤه ولا مفسدة في البقاء فانه لا يلزم ذلك كالرمل في الطواف لاظهار الجلادة قوله فاذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي واحمد يجبر واعطاء علامتها ان يخبر عن وزنها وعددها ووكائها ووعائها فيصيب في ذلك الحق ان محل الشافعي كقولنا والموجب للدفع مالك واحمد واحتجا بقوله عليه الصلوة والسلام فيما اخرج مسلم في حديث ابي بن كعب فان جاء احد يخبرك بعددها ووكائها ووعائها فاعطها اياه والا فتمتع بها وما اخرجناه من حديث زيد بن خالد الجهني وفيه فان جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فاعطها اياه واذ في ذلك والمعنى فان صاحب اليد يعني الملتقط انما ينازعه في اليد لا في الملك لانه لا يدعيه فكانت منازعة من وجه دون وجه فيشترط ما يوجبه من وجه لا من كل وجه وهو الوصف المطابق وذلك فاكتفى به ولا يشترط البينة لعدم منازعته في الوجهين جميعا وانا ان اليد حق مقصود كالملك حتى ان غاصب اليد يضمن قيمته ولم يفت غير اليد فيكون مثله لا يستحق الا بالبينة غير انا ابحنا الدفع عند اصابة العلامة بالحديث الذي يرويه بناء على ان الامر فيه للاباحة جمعا بينه وبين الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وياتي ان شاء الله تعالى في الدعوى والمدعي هنا صاحب اللقطة فعليه البينة ثم اذا دفعها بالعلامة فقط يأخذ منه كفيلا استيثاقا قال المصنف وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده اي عند ابي حنيفة رح فيما اذا قسمت التركة بين الغرماء والورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عنده وعندهما يؤخذ والفرق لابي حنيفة ان حق الحاضر هنا غير ثابت فيمكن ان يكون المالك غيره فيحتمل ان يتوارى الآخذ فيحتاط بالكفيل بخلاف الميراث فان حق الحاضر معلوم ثابت وكون غيره اليه شاركه حق امر موهوم فلا يجوز تأخير الحق الثابت الى زمان تحصيل الكفيل لحق موهوم وهذا يدل على ان دفع الملتقط لو كان بالبينة لا يأخذ كفيلا وهو الصحيح وذكر في جامع قاضيخان ان فيه روايتين والصحيح انه لا يؤخذ واورد على المصنف رح انه نفى الخلاف في التكفيل في اللقطة وقال في فصل القضاء في المواريث فيه اي في اخذ الكفيل عند دفع اللقطة روايتان والاصح انه على الخلاف على قول ابي حنيفة رح لا يأخذ وعلى قولهما يأخذ هذا الذي ذكره اذا لم يصدقه بل جاء بالعلامة فان صدقه مع العلامة او لا معها فلا شك في جواز دفعه اليه لكن هل يجبر قيل يجبر كما لو اقام بينة وقيل لا يجبر كالوكيل بقبض الوديعة اذا صدقه المودع لا يجبر على دفعها اليه ودفع بالفرق بان المالك هنا غير ظاهر اي المالك الآخذ لهذه اللقطة التي صدق الملتقط مدعيها غير ظاهر والمودع في مسئلة الوديعة مالك ظاهر وهناك اقر بحاضر بحق قبضها واقرار بحق قبض ملك الغير لا يلزمه اقباضه لانه اقرار على ملك غيره واذا دفع بالتصديق او بالعلامة وجاء آخر واقام البينة انها له فان كانت قائمة في يد المدعي قضي له بها وهو ظاهر وان كان هالكا خير بين ان يضمن القابض او الملتقط فان ضمن القابض

ولا يتصدق باللقطة على غني لأن المأمور به هو التصدق لقوله عليه السلام فإن لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فأشبه الصدقة المفروضة وإن كان الملتقط غنيا لم يجز له أن ينتفع بها وقال الشافعي يجوز لقوله عليه السلام في حديث أبي رضي الله عنه فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها وكان من المياسير ولأنه إنما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص والإباحة للفقير لما رويناه أو بالإجماع فيبقى ما وراءه على الأصل والغني محمول على الأخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع أبي رضي الله عنه كان بإذن الإمام وهو جائز بإذنه وإن كان الملتقط فقيرا فلا بأس بأن ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع إلى فقير غيره وكذا إذا كان الفقير أباه أو ابنه أو زوجته وإن كان هو غنيا لما ذكرنا والله أعلم

ويرجع على ما وإن ضمن الملتقط ففي رواية لا يرجع على القابض وهو قول الإمام أحمد فيما إذا كان الدفع بتصديقه وفي رواية يرجع وهو الصحيح ووجه قول محمد أن الملتقط اعترف بأنه المالك وصاحب البينة ظالم في تضمينه فلا يظلم غيره وصار كالمودع إذا صدق الوكيل بالقبض ودفع إليه ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمنه لا يرجع على الوكيل لزعمه أن الوكيل قبضه بأمره والمودع ظالم في تضمينه ولنا أنه وإن صدقه في الملك لكنه لما قضى بالملك للمدعي بالبينة فقد صار مكذبا شرعا بتكذيب القاضي فبطل إقراره وصار كأنه دفع بلا تصديق ثم ظهر الأمر بخلافه وصار كإقرار المشتري بالملك للبائع إذا استحقه غيره بالبينة فقضي له يرجع على البائع ومثل هذا يجري في إقراره بأنه وكيل المودع والذي فرق بين المسألتين أن في زعم المودع أن الوكيل عامل لغيره وهو المودع في قبضه له بأمره وليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه إياه ومن ظلم لا يظلم غيره وهنا في زعمه أن القابض عامل لغيره وأنه ضامن إذا أثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمن انتهى

قوله ولا يتصدق باللقطة على غني لأن المأمور به هو الصدقة لقوله عليه الصلاة والسلام فإن لم يأت يعني صاحبها فليتصدق والصدقة لا تكون على غني فأشبه الصدقة المفروضة والحديث الذي ذكره هو ما رواه البزار في مسنده والدارقطني عن يوسف بن خالد السمتي ثنا زياد بن سعد عن السمتي عن أبي صالح عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئا فليعرفه سنة فإن جاء صاحبه فليرده إليه وإن لم يأت فليتصدق فإن جاء فليخيره بين الأجر وبين الذي له وفيه يوسف بن خالد السمتي وليس للملتقط إذا كان غنيا أن يتملكها بطريق القرض إلا بإذن الإمام وإن كان فقيرا فله أن يصرفها إلى نفسه قرضا فيكون فيه للمالك أجر الصدقة تحقيقا للنظر من الجانبين جانب المالك لحصول الثواب له وجانب الملتقط كما لو كان الفقير غير الملتقط ولهذا جاز دفعها إلى فقير غير الملتقط ولو كان أب الملتقط أو ابنه أو زوجته وإن كان الملتقط غنيا لما ذكرنا من تحقيق النظر من الجانبين وقال الشافعي له أن يتملكها وإن كان غنيا بطريق القرض غير مفتقر إلى إذن الإمام لقوله عليه الصلاة والسلام فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فاستمتع بها قالوا وأبي كان من المياسير على ما قيل في بعض رواياته عليه الصلاة والسلام قال لأبي كيسها ما لك فيه فجعل لا تلتقط هذه الرواية ليس فيها أن الخطاب لأبي بل فيها أن أبي سلمة عن أبي بن كعب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في اللقطة عرفها سنة فإن جاء أحد يخبرك وإلا فهي كسبيل مالك فظاهر هذا أنه يحكي قول السائل ليسار وجاز كون ذلك كان فقيرا وهنا ما يدل على فقره في زمنه عليه الصلاة والسلام وهو ما في الصحيحين عن أبي طلحة قلت يا رسول الله إن الله تعالى يقول لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وإن أحب أموالي إلي بيرحاء فأمرني يا رسول الله فقال اجعلها في فقراء قرابتك فجعلها أبو طلحة في أبي وحسان وهذا صريح في أن أبيا كان فقيرا لكنه يحتمل أنه أيسر بعد ذلك إلا أن قضايا الأحوال إذا تطرق إليها الاحتمال سقط بها الاستدلال وأما ما في حديث زيد بن خالد جاء رجل يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف إلى أن قال وإلا فشأنك بها وفي رواية فهي لك فهو أيضا من قضايا الأحوال التي تطرق إليها الاحتمال إذ يجوز كون السائل فقيرا ولو سلم أن الخطاب لأبي لا يخرج عن قضايا الأحوال إذ السائل لا يلزم كونه غنيا أو كونه خاليا عن الدين ولو كان غنيا فجاز كونه أقل من النصاب وكونه مديونا قالوا ولو كانت اللقطة لا تحل للملتقط إلا بطريق الصدقة فيمتنع إذا كان غنيا لما أكلها علي رضي الله عنه وهو لا تحل له الصدقة وقد أمره عليه الصلاة والسلام بأكلها فيما أخرج أبو داود عن سهل بن سعد أن علي بن أبي طالب دخل على فاطمة والحسن والحسين يبكيان فقال ما يبكيهما قالت الجوع فخرج علي فوجد دينارا في السوق فجاء به فاطمة فأخبرها فقالت اذهب إلى فلان اليهودي فخذ لنا دقيقا فجاء اليهودي فقال اليهودي أنت ختن هذا الذي يزعم أنه رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم قال فخذ دينارك والدقيق لك فخرج علي حتى جاء فاطمة فقالت اذهب إلى فلان الجزار فخذ لنا بدرهم لحما فذهب فرهن الدينار بدرهم لحم فعجنت وخبزت وأرسلت إلى أبيها فجاء فقالت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم أذكر لك فإن رأيته حلالا لنا أكلناه ومن شأنه

كتاب الاباق

الآبق اخذه افضل فى حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الابق يأتى به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا دفع الآبق اليه يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال

ويكذا لكن فقال كلوا باسم الله فاكلوا فبينما هم كذلك اذا غلام ينشد الله تعالى والاسلام الدينار فامر النبى صلى الله عليه وسلم بدعائه فسأله فقال سقط منى فى السوق فقال عليه الصلوة والسلام يا على اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لك ارسل الى الدينار ودرهمك على فارسل به فدفعه عليه الصلوة والسلام الى الغلام قلنا هذا الحديث تكلم فيه باعتبار تضمنه انفاقه قبل التعريف فدل على ضعفه وقول المنذرى لعل تأويله ان التعريف ليس له صيغة يعتد بها فمراجعة النبى رسول الله صلى الله عليه وسلم على ملأ من الخلق اعلان به وهذا يؤيد الاكتفاء بالتعريف مرة وغير خاف انه لم يذكر له ذلك الا بعد ان تصرفوا وخبزوا واحضره صلى الله عليه وسلم على الاكل ثم يجب الحكم بان عليا عرفه قبل ان يأتى به الى فاطمة وان لم يذكر وقد رواه عبد الرزاق واسحق بن راهويه والبزار وابو يعلى الموصلى وفيه انه اتى به النبى صلى الله عليه وسلم فقال عرفه ثلاثة ايام فعرفه فلم يجد من يعرفه فرجع فاخبر النبى صلى الله عليه وسلم فقال شأنك به وفيه دليل المختار شمس الائمة من ان التقدير بحول غير لازم بل الى ان يكون نفسه الى ان صاحبه قطع نظره عنه وفى سنده ابو بكر بن عبد الله قال البزار على الظن هو عندى ابو بكر بن عبد الله بن ابى سبرة وهو لين الحديث قال ابن عبد الحق هو متروك والحق ان الحديث ضعيف من جهة الاضطراب ايضا فان فى الرواية الاولى انهم انما اعلموه به بعد ما اشتروا وصار مهيئا للاكل وهذا نقيض ما فى الثانية من انه اعلمه وعرفه ثم امره باكله وفى الاول انه دفع عينه للمنشد وفى الثانية انه جعله دينا عليه وقال اذا جاءنا اديناه اليك وغير ذلك والاضطراب موجب للضعيف ثم لو سلمنا حجيته كان الثابت به انه استقرضه باذن الامام جائز وليس هذا محل النزاع كما تقدم فلم يثبت بعد جواز اكل الملتقط الغنى فلما سلمنا ضعف حديث ابى هريرة فى الصدقة بناء على تضعيف السمنى كان جواز التصدق بالاجماع ثم هو يثبت ان للملتقط حكما آخر ونحن نطالبه فى اثباته بالدليل ولم يتم له عليه دليل فيبقى على الانتفاء +

كتاب الاباق

كل من الاباق واللقيط واللقطة يتحقق فيه عرضة الزوال والتلف الا ان التعرض له بفعل فاعل فكان الاباق انسب تعقيبا للجهاد بخلاف اللقطة واللقيط وكذا الاولى فيه وفى اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب الاباق فى اللغة الهرب ابق يابق كضرب يضرب الهرب لا يتحقق الا بالقصد فلا حاجة الى ما قيل هو الهرب قصدا نعم لو قيل الانصراف ونحوه عن المالك كان قيد القصد مفيدا والضال ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه بجهله بالطريق اليه **قوله** الآبق اخذه افضل من تركه فى حق من يقوى عليه اى يقدر على حفظه حتى يصل الى مولاه بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا يعلم فى هذا خلاف ويمكن ان يجرى فيه التفصيل فى اللقطة بين ان يغلب على ظنه تلفه على المولى ان لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب اخذه او لا فلا واختلف فى اخذ الضال قيل اخذه افضل لما فيه من احياء النفس والتعاون على البر وقيل تركه لانه لا يبرح مكانه فينتظر المولى حتى يجده ولا يخفى ان انتظاره فى مكان غير مترجح عنده ليس بواقع بل يجد الضلال يدورون متحيرين ثم لا شك فى ان محل هذا الخلاف اذا لم يعلم واجد الضال مولاه ولا مكانه اما اذا علمه فلا ينبغى ان يختلف فى فضيلة رده واخذه **قوله** ثم آخذ الآبق يأتى به الى السلطان او القاضى فيحبسه منعا عن الاباق لانه لا يستطيع حفظه عن اباقه من الآخذ اذ ذلك عادة بخلاف اللقطة اما لو فرض قدرته على ذلك لا يتحتم الاتيان الى السلطان وبهذا الاعتبار خير الحلوائى بين ان يأتى به السلطان او يحفظه بنفسه وعلى هذا الضال والضالة من الابل وغيرها واذا اخذ الامام الآبق فجاء رجل وادعاه واقام بينة انه عبده يستحلفه بالله انه باق الى الآن فى ملكه لم يخرج ببيع ولا هبة فاذا حلف دفعه اليه وهذا احتمال

قال ومن رد آبقا على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا بينهما ولان ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولا الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي

انه عرض بعد علم الشهود بثبوت ملكه على وجه زوال السبب لا يعلمونه وانما استحلفه مع عدم خصم يدعي لصيانة قضائه عن الخطأ ونظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر وموهوب له ثم اذا دفعه اليه من غير بينة فهي اولويته اخذ الكفيل ففي تركه روايتان ولو دفعه بالبينة يدفعه باقرار العبد انه له او بما عند من المدفوع اليه هنا كفيلا رواية واحدة وينفق عليه مدة حبسه من بيت المال ثم ياخذه من صاحبه فيرده في بيت المال بخلاف اللقيط لا يؤخذ منه اذا كبر مال بيت المال لانه كان مستحقا للفقير وعجزه عن الكسب بخلاف مالك العبد واذا لم يجئ للعبد طالب وطالت مدته باعه القاضي وامسك ثمنه بعد اخذ ما انفق لبيت المال منه فان جاء مالكه واقام بينة وهو قائم في يد المشتري لا ياخذه ولا ينقض بيع القاضي لانه بحكمه بخلاف الضال اذا طالت مدته فانه يؤاجره وينفق عليه من اجرته لانه لا يخشى [لانه] عليه الاباق فيحصل ذلك منه فلذلك يبيعه ولا يؤاجره وينبغي ان يقدر الطول بثلاثة ايام كما تقدم في المسالة الملتقطة لان دارة النفقة مستاصلة ولا نظر في ذلك للمالك بحسب الظاهر **قوله** ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط بان يقول من رد على عبدي فله كذا كما اذا رد بهيمة او عبدا ضالا ووجه القياس انه اذا تبرع بمنافعه في رده او تبرع بعين من اعيان ماله لا يستوجب شيئا فكذا اذا تبرع بمنافعه وهو قولنا وقول مالك واحمد في رواية فالاحسن في وجه الاستحسان ان الصحابة اجماع الصحابة على اصل الجعل الا ان منهم من اوجب الاربعين ومنهم من اوجب دونها وذلك انه اذا ظهر الفتوى به من غير واحد من حيث لا يخفى فلم ينكره احد وذلك ان محمد بن الحسن روى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن ابي عمرو الشيباني قال كنت عند ابن مسعود فجاء رجل فقال ان فلانا قدم باباق من الفيوم فقال القوم لقد اصاب اجرا قال عبد الله وجعلا ان شاء من كل راس اربعين وروى ابو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه ايضا وروى عبد الرزاق في مصنفه قال اخبرنا سفيان الثوري عن ابي رباح عبد الله بن رباح عن ابي عمرو الشيباني قال اصبت غلمانا اباقا بالعين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال الاجر والغنيمة قلت هذا الاجر فما الغنيمة قال اربعون درهما من كل راس وروى ابن ابي شيبة ثنا محمد بن يزيد عن ايوب عن ابي العلاء عن قتادة وابي هاشم عن عمر انه قضى في جعل الآبق باربعين درهما وروى ايضا عن وكيع ثنا سفيان عن ابي اسحق قال اعطيت الجعل في زمن معاوية اربعين درهما وروى ايضا ثنا يزيد بن هارون عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب ان عمر جعل في جعل الآبق دينارا او اثني عشر درهما وروى ايضا عن يزيد بن هارون عن حجاج عن حصين عن الشعبي عن الحارث عن علي انه جعل في جعل الآبق دينارا او اثني عشر درهما واخرج هو وعبد الرزاق عن عمرو بن دينار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في العبد الآبق يوجد في خارج الحرم بدينار او عشرة دراهم وهذا حديث مرفوع مرسل والمفهوم من خارج الحرم في المتبادر القريب لا قدر مسيرة سفر عنه وعن هذا روي عن عمار ان اخذه في المصر فله عشرة وان اخذه خارج المصر فله اربعون لعله اعتبر الحرم كالمكان الواحد وقول المصنف الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب دونها يريد الرواية عن عمر وعلي وقد علمت الرواية عن عمر ايضا ان الجعل اربعون وسنده احسن من الاخرى والرواية عن علي ضعيفة بالحارث المكذب فكانت رواية ابن مسعود اقوى الكل فرجحناها وكذا قال البيهقي في سننه هو امثل ما في الباب وانما يؤخذ بالاقل اذا تساوت في القوة وقيل انما يؤخذ به اذا لم يمكن التوفيق بين الاقاويل وهنا يمكن اذ يحمل روايات الاربعين على رده من مسيرة السفر وروايات الاقل على ما دونها ويحمل قول عمار خارج المصر على مدة السفر والتلفيق الضم لفقت الثوب الفقه اذا ضممت شقه الى شقه ولان التقدير

ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى رأي القاضي وقيل يقسم الاربعون على الايام الثلاثة اذ هي اقل مدة السفر قال وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهما قال رضي الله عنه هذا قول محمد وقال ابو يوسف له اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيى مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم اطلاق الكتاب

لا يعرف الا سماعا فكان للموقوف على الصحابة حكم المرفوع واصحها حديث ابن مسعود فهو لبعد كونه شيئا للزيادة وزيادة العمل مقبولة راجح ولا يخفى ان هذا ولان ايجاب اصل الجعل حامل على الرد اذ الحسبة وهو رده احتسابا عند الله تعالى مع ما فيه من زيادة التعب والنصب نادر فشرع للمصلحة الراجعة الى العباد من صيانة اموالهم عليهم وتقدير الجعل انما يدرى بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع الحاقه به قياسا ودلالة لان الحاجة الى صيانة الضال في رده دونها في رد الآبق لما في رده من زيادة التحفظ في حفظه والاحتياط في مراعاته كيلا يأبق ثانيا مما ليس في رد الضال منه شيء ولو كان الآبق لرجلين فصاعدا فالجعل على قدر النصيب فلو كان البعض غائبا فليس للحاضر ان يأخذه حتى يعطي تمام الجعل ولا يكون متبرعا بنصيب الغائب فيرجع عليه لانه مضطر فيما يعطيه لانه لا يصل الى نصيبه الا بهذا كله اذا رده بلا استعانة فلو ان رجلا قال لآخر ان عبدي قد ابق فاذا وجدته فخذه فوجده فرده فليس له شيء لان مالكه استعان به ورده وعد الاعانة والمعين لا يستحق شيئا وقوله فيما دونه اي دون ما دون الاربعين فيما دون السفر كان ذلك لانا لما عرفنا ايجاب الجعل بكل من نقل عنه مقداره وذلك هو الواجب فاذا حملنا بعضه على ما دون السفر كان ذلك حكما بالايجاب فيما دون السفر لانه ما ذكر ذلك الا على انه واجب **قوله** ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما اي المالك والراد او يفوض الى رأي القاضي يقدره على حسب ما يراه قالوا وهذا هو الاشبه بالاعتبار وقال بعض المشايخ يقسم الاربعون على الايام الثلاثة لكل يوم ثلاثة عشر وثلث **قوله** وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهما قال المصنف وهذا قول محمد وهو قول ابي يوسف الاول وقال ابو يوسف آخرا له اربعون وان كانت قيمته درهما واحدا ولم يذكر قول ابي حنيفة في عامة كتب الفقه وذكر في شرح الطحاوي مع محمد وحجة ابي يوسف ان التقدير بها ثبت بالنص اي قول ابن مسعود وغيره ووجب اتباعها والمراد بالنص اجماع الصحابة بناء على عدم مخالفة من سواهما الوجوب حمل قول من نقص منها على انقص من السفر فلا ينقص عنها ولمحمد ان المقصود من ايجاب الجعل حمل الغير على الرد ليحيى مال المالك فينقص منه درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة وايجاب الجعل فتعيين الدرهم لان ما دونه كسور وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من احياء ملكه ويحيى ماليته له اما باعتبار الرقبة كما في المدبر او باعتبار الكسب كما في ام الولد لانه عنده لا مالية فيها عنده ولكنه احق باكسابها ولو رد بعد مماته لا جعل له فيهما لانهما يعتقان بالموت فيقع رد حر لا مملوك على مالكه وهذا في ام الولد ظاهر وكذا المدبر ان كان يخرج من الثلث لانه يعتق بالموت اتفاقا وان لم يخرج من الثلث فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة رح يصير كالمكاتب لانه يسعى في قيمته ليعتق ولا جعل في رد المكاتب لان المولى لا يستفيد برده ملكا بل استفادة بدل الكتابة فكان كمن يحكم لمكاتب برد قرم لا يستحق شيئا بخلاف القن **قوله** ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو في عيال احد الزوجين على الآخر فلا جعل له وتقييد في عياله ان رجع الى الراد والى الابن اقتضى ان تقييد نفي الجعل اذا كان الراد ابنا بكونه في عيال المالك اي في نفقته ومؤنته وهو غير صحيح لان الابن لا يستوجب جعلا سواء كان في عيال ابيه المالك او لا والحاصل ان الراد ان كان ولد المالك او احد الزوجين على الآخر او الوصي لا يستحق جعلا مطلقا اما الولد فلان الراد كالبائع من المالك من وجه وباعتباره يجب وكالاجير من وجه لانه من باب الخدمة والاب اذا استأجر ابنه ليخدمه لا يستحق عليه اجرة لان خدمته واجبة عليه فوجب من وجه وانتفى من وجه فلا يجب بالشك هذا التقييد عدم الوجوب وان لم يكن في عياله فاذا كان في عياله فبطريق الاولى

قال وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضي الله عنه وذكر في بعض النسخ فلا شيء له وهو صحيح ايضا لانه في معنى البائع منه ولهذا كان له ان يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا **قال** ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في العبد المشترى وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان في حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز **قال** وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده فالاشهاد حتم فيه عليه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الآخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لانه احيا ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حياة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل فان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لان حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء

واما احد الزوجين فان كان زوجا فالقياس يجب وفي الاستحسان لا يجب لان العادة ان يطلب الزوج عبد امرأته تبرعا في العرف لانه ينتفع به والثابت عرفا كالثابت نصا وان كان زوجة فلا يجب لهذا ولان الزوجية الخدمة بينهما منه لانها لا تستحق بدل الخدمة على الزوج كالولد ولهذا لو استاجرها للخدمة لا يجب لها شيء واما الوصي فانما لا يستحق الجعل برد عبد اليتيم لانه من الحفظ وشان الوصي ان يحفظ ماله ان كان غيرهم من الاب وباقي الاقارب فان كانوا في عيال المالك لا يجب لهم وان لم يكونوا في عياله وجب لهم لان العادة والعرف ان الانسان انما يطلب الآبق لمن في عياله فكان التبرع منهم ثابتا عرفا وهو كالثابت نصا بخلاف ما اذا لم يكونوا في عياله لان التبرع لم يوجد نصا ولا عرفا **قوله** وان ابق من الذي يرده فلا شيء عليه اي لا ضمان على الراد وفي بعض نسخ القدوري لا شيء له اي لا جعل للراد وكل منهما صحيح وكذا اذا مات عنده الا ان نفي الجعل يصح بلا شرط لان الجعل كالثمن والراد كالبائع للمالك لانه باقه كالمالك من حيث فوات جميع الانتفاعات به بالرد كانه استفاد ملكه من جهته فصار كالبائع ولذا كان له حبسه لاستيفاء الجعل والبائع اذا هلك في يده او ابق وهو عبد سقط الثمن فكذا يسقط الجعل وانتفاء الضمان يشترط ان يكون اشهد على قول ابي حنيفة رح ومحمد لانه صار امانة عنده كما في اللقطة وقال ابو يوسف رح لا ضمان عليه اشهد او لم يشهد اذا قال اخذته لارده والقول قوله في جميع ذلك مع يمينه اذا علم انه كان ابق فلو انكر المولى اباقه فالقول له لان سبب الضمان وهو اخذ مال الغير لغيره اذنه ظهر من الراد ثم ادعى ما يسقطه وهو اذن الشارع باباقه والمالك منكر وكذا لا يجب الجعل اذا جاء به وانكر المولى اباقه الا ان يشهد شهود انه ابق من مولاه او يشهدوا على اقرار المولى باباقه **قوله** ولو اعتقه المولى كما لقيه اي رآه قبل قبضه يصير بالاعتاق قابضا فيجب الجعل كما في العبد المشترى اذا اعتقه قبل القبض يصير قابضا ويجب الثمن وكذا اذا باعه المولى من الراد قبل قبضه يصير قابضا لسلامة بدله وهو الثمن له فان قيل للرد حكم البيع من المالك فبيع المالك من الراد قبل قبضه بيع ما لم يقبض وهو لا يجوز اجاب بقوله لكنه بيع من وجه لا من كل وجه فلا يدخل تحت النهي المطلق عن بيع ما لم يقبض فجاز واورد ان الشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمات اجاب بان هذه شبهة الشبهة ولا عبرة بها وهذا لانه لو شرط رضا المالك كان الثابت الشبهة لانه ملكه حقيقة فمع عدم الرضا الثابت شبهة الشبهة **قوله** وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده قال المصنف فالاشهاد حتم فيه اي في اخذ الآبق عليه اي على الآخذ على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بمعنى انه واجب تساهل والا يلزم تركه استحقاق العقاب وتعلق به اذا اخذه ليقصد الرد على المالك واتفق انه لم يشهد لا اثم عليه وانما الاشهاد طريق لما اعلم فالاولى انه شرط استحقاق الجعل وسقوط الضمان ان مات عنده او ابق لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه فصار كما لو اشتراه الراد من الآخذ او اتهبه منه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه فانه بالشراء وما والاتهاب قاصد التملك لظاهر فيكون عاصيا في حق سيده فرده لاسقاط الضمان عن نفسه وهذا معنى قوله رده لنفسه وكذا لو اوصى له به او ورثه في كل ذلك يكون قابضا لنفسه فيضمنه فاذا رده لا جعل له لانه رده لنفسه لانه يسقط الضمان عن نفسه الا ان يشهد عند الشراء من الآخذ انه انما اشتريته لارده على مالكه لانه لا يقدر على رده الا بالشراء فحينئذ له الجعل ولا يرجع على السيد بشيء من الثمن لانه متبرع به كما لو انفق عليه بغير اذن القاضي **قوله** وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لان بالرد حييت ماليته ومالية حق المرتهن لان الاستيفاء منها والجعل على من حييت له المالية الا ترى ان بالاباق سقط دين المرتهن بالموت وبالعود عاد الدين وتعلق حقه بالرهن استيفاء من ماليته كما لو ماتت الشاة المرهونة فدبغ جلدها فان الدين يعود بقدره

وان كان ... [illegible] ... من يستقر له الملك ... [illegible]
... [illegible] ...
... [illegible] ... والجعل ... [illegible]
من ... الموهوب له ... [illegible]

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له ... [illegible] ... الذي تولاه المفقود ... [illegible] ... لانه ليس بمالك ولا نائب عنه ... [illegible] ... قال ويتفق على زوجته واولاده من ماله ... [illegible] ... لا ينفق على غيرهم من ماله الا بقضاء ... [illegible]

في حياة الراهن وموته سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اي كون الجعل على المرتهن اذا كان قيمة العبد مثل الدين او اقل فان كانت اكثر من الدين قسم الجعل على الراهن والمرتهن فما اصاب الدين على المرتهن وما بقي على الراهن مثلا الدين مائة وقيمة الرهن اربعمائة يكون على المرتهن ثلاثون وعلى الراهن عشرة وصار الجعل كثمن دواء الرهن وتخليصه من الجناية بالفداء اذا كان الدين اكثر من قيمته انقسما عليهما كذلك **قوله** وان كان مديونا اي ان كان العبد الآبق مأذونا فلحقه في التجارة دين او أتلف مال الغير واعترف به المولى فالجعل على من يستقر الملك له لانه مؤنة الملك فالملك في العبد بعد مباشرة سبب الدين كالموقوف ان اختار المولى قضاء دينه كان الجعل عليه لان الملك يستقر له وان اختار بيعه في الدين كان الجعل في الثمن يبدأ به قبل الدين لما قلنا انه مؤنة الملك الباقي للغرماء فظهر ان قول المصنف فيجب اي الجعل على من يستقر له الملك تجوز فانا لا يجب على المشتري وكانه جعل ملك ثمنه بمنزلة ملكه وان كان اي العبد جانيا اي جنى خطأ فلم يدفعه مولاه ولم يعده حتى ابق فرد من مسيرة ثلاثة ايام فهو على القياس يكون الجعل على من يصير له ان اختار المولى فداءه فهو عليه لعود منفعته اليه وان اختار الدفع الى اولياء الجناية فعليهم لعودها اليهم ولو كان قتل عمدا فابق ثم رد فالجعل على المولى علاما قتل لم يحصل للراد منفعة وان عفى عنه فانما حصلت بالعفو وان اولى القصاص فان قتل فالحاصل له التشفي لا المالية وان مشى وتشاجر وان كان موهوبا فان ابق ممن وهب له ثم رد فالجعل على الموهوب له سواء رجع الواهب في هبته بعد الرد اولا اما اذا لم يرجع فظاهر واما اذا رجع بعد المجيء فلانه وان حصلت له المالية لكن لم تحصل بالرد بل بترك الموهوب له التصرف في العبد بعد رده مما يمنع رجوعه من بيعه وهبته ونحو ذلك واورد عليه انه حصل بالمجموع من ذلك ومن الرد واجيب بان الترك اخر جزء من العلة واليه يضاف الحكم واما الجواب بانه اذا ثبت بالكل لا يكون بالرد وحده فلا يدفع الوارد على المعرب بتقريره وان كان الآبق لصبي فالجعل في ماله لما تقدم انه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له وكذا بناؤه في التقسيم وكذا اليتيم يعوله رجل فرد آبقا له لانه اذا كان تبرع له بمؤنته من مال نفسه فكيف لا يتبرع له بما هو دونه مع ان الرد في التبرع وفي الكافي للحاكم ابق امة ولها ولد رضيع فردهما رجل له جعل واحد فان كان ابنها قارب الحكم فله ثمانون لان من لم يراهق لم يعتبر آبقا وفي الذخيرة والمحيط لو اخذ آبقا فغصبه منه رجل فجاء به الى مولاه واخذ جعله ثم جاء الآخر واقام بينة انه اخذه فالجعل مستردا وفي الرجوع على الغاصب بما دفع اليه ولو جاء بآبق من مسيرة سفر فلما دخل البلد ابق من الآخذ فوجده آخر فرده الى سيده ان جاء به من مدة السفر فالجعل له وان وجده اقل فجاء به لا جعل لواحد منهما وفي المبسوط لا جعل للسلطان او الشحنة او الخفير في رد الآبق او المال من قطاع الطريق لوجوب الفعل عليهم والا فلا ان يقال لاخذهم العطايا على ذلك وتقييدهم له

كتاب المفقود

هو الغائب الذي لا يدرى حياته ولا موته **قوله** اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه اي على ماله ويستوفي حقوقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عنه فصار كالصبي والمجنون على القاضي ان يفعل في امرهم ما ذكرنا لما ذكرنا وقوله اي قول القدوري يستوفي حقوقه يريد انه يقبض غلاته والدين الذي اقر به غريم ويخاصم في دين وجب بعقده اي بعقد الذي نصبه القاضي لانه اصيل في حقوق عقده ولا يخاصم في الدين

تفسير الأولاد الصغار والإناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الأخ والأخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لأن حقهم في المطعوم والملبوس فإذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لأنه يصلح قيمة كالمضروب وهذا إذا كانت في يد القاضي فإن كانت وديعة أو ديناً ينفق عليهم منهما إذا كان المودَع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب وهذا إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فإن كانا ظاهرين فلا حاجة إلى الإقرار وإن كان أحدهما ظاهراً يشترط الإقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح

الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل ولا في حق من الحقوق إذا جحده من هو عنده أو عليه لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف إنما الخلاف في الوكيل بقبض الدين من جهة المالك عند أبي حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما لا يملك وإذا كان كذلك يعني إذا كان وكيل القاضي لا يملك الخصومة ولو قضى القاضي بخصومته كان قضاء على الغائب فلا يجوز إلا أن القول للغائب والقضاء عليه فيها أو ادعى إنسان على المفقود ديناً أو وديعة أو شركة في عقار أو رقيق أو رد العيب أو مطالبة باستحقاق لا تسمع الدعوى ولا البينة لأنها إنما تسمع على خصم وهذا الوكيل ليس خصماً والورثة إنما يصيرون خصماً بعد موت المورث ولم يظهر موته بعد فيكون قضاء على الغائب وهو لا يجوز إلا إذا رآه القاضي أي رأى القاضي المصلحة في الحكم للغائب وعليه فحكم فإنه ينفذ لأنه مجتهد فيه فإن قيل ينبغي أن لا ينفذ حتى يمضيه قاض آخر لأن نفس القضاء مجتهد فيه كما لو كان القاضي محدوداً في قذف فإن نفاذ قضائه موقوف على أن يمضيه قاض آخر أجيب بمنع أنه من ذلك بل المجتهد فيه سببه وهو هذه البينة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر أو لا فإذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف وفي الخلاصة الفتوى على هذا ثم ما كان يخاف عليه الفساد كالثمار ونحوها يبيعها القاضي لأنه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر للغائب بحفظ معناه ولا يبيع ما لا يخاف فساده منقولاً كان أو عقاراً في نفقة ولا غيرها لأن القاضي لا ولاية له على الغائب إلا في الحفظ وفي البيع ترك حفظ الصورة بلا إلجاء فلا يجوز فإن لم يكن له مال إلا عروض أو عقار أو خادم واحتاج ولده أو زوجته إلى النفقة لا يباع بخلاف الوصي فإنه يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب لأن ولايته نظرية ترجع إلى حق الموصي وبيع العروض فيه معنى الحفظ ربما يكون حفظ الثمن للإيصال إلى ورثته أيسر وهنا الولاية للقاضي على المفقود في الحفظ وفي المبسوط وقال أبو حنيفة رحمه الله إن كان الأب محتاجاً فله أن يبيع شيئاً من عروضه وينفقه عليه وليس له بيع العقار وهو استحسان وفي القياس ليس له بيع العروض وهو قولهما وذكر الكرخي أن محمداً ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله في الأمالي وقال هو حسن ووجه الاستحسان أن الأب وإن زالت ولايته بقي أثرها حتى صح استيلاد جارية ابنه مع أن الحاجة إلى ذلك ليس من أصول الحوائج فإذا ثبت بقاء أثر الولاية كان كالوصي في حق الوارث الكبير وللوصي بيع العروض دون العقار ثم ينفق على زوجته وأولاده من ماله يعني الحاصل في بيته والحاصل من ثمن ما يتسارع إليه الفساد ومن المال المودع عند مقر ودين على مقر قال المصنف وليس هذا مقصوراً على الأولاد قلت ولا هو على إطلاقه فيهم بل يعم قرابة الولاد يعني من الأب والجد وإن علا والأصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لأن لهم أن يأخذوا وإذا جاز لهم أن يأخذوا من ماله إذا كان من جنس حقهم من النقد والثياب للبس فكان إعطاء القاضي إن كان المال عنده أو تمكينهم إن كان عندهم إعانة لا قضاء على الغائب فإنهم كانوا يأخذون بغير قضاء وكل من لا يستحقها في حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته فقضاء الأولاد الصغار والإناث الكبار إذا لم يكن لهم مال كذا الأب والجد والزمنى من الذكور الكبار كل هؤلاء يستحق النفقة عليه في حال حضوره فكذا عند غيبته إلا الزوجة فإنها تستحق وإن كانت غنية لأن استحقاقها بالعقد والاحتباس لا باعتبار الحاجة ثم يقدم بالتنازع ومن الثاني يعني من لا يستحق إلا بالقضاء الأخ والأخت والخال والخالة ونحوهم من سائر غير الولاد وقوله أي قول القدوري من ماله يعني الدراهم والدنانير لأن حقهم في المطعوم والملبوس فإذا لم يكن في ماله عين المطعوم والملبوس يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر غير المضروب كذلك لأنه يصلح قيمة كالمضروب وهذا إذا كان الدراهم والدنانير والتبر في يد القاضي فإن كانت وديعة أو ديناً ينفق عليهم منها إذا كان المودع مقراً بالوديعة والنكاح والنسب والمديون كذلك مقراً بالدين والنكاح والنسب وهذا معنى اشتراط إقرارهما بالنكاح والنسب فإن لم يكونا ظاهرين عند القاضي فإن كانا ظاهرين معروفين له فلا يحتاج إلى إقرارهما بهما ولو كان الظاهر عنده أحدهما الوديعة والدين أو النكاح والنسب يجعل كل اثنين واحدا

فان دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه وان كان المودع والمديون جاحدين اصلا او كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر له قال ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله عليه السلام في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي في مثلها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رجع الى قول علي ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة

يشترط اقرار من في جهة المال بالامر الذي ليس بظاهر فيقر في الاول عند القاضي بان هذه زوجته وهذا ولده وفي الثاني بان له وديعة او عليه دينا وقوله وهذا هو الصحيح احتراز عن جواب القياس الذي قال به زفر لان هذا اختلاف الروايتين قال لا ينفق من الوديعة شيئا عليهم لان اقرار المودع بذلك ليس حجة على الغائب وهو ليس خصما عن الغائب لا يقضى على الغائب بلا خصم ومثل هذا في الدين ايضا قلنا المودع مقر بان ما في يده ملك الغائب وان للولد والزوجة حق الانفاق منه واقرار الانسان بما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود ومثل هذا القياس ليس في الوديعة والدين خاصة بل في جميع اموال المفقود وقد يقال ايضا في جواب القياس ما ذكرت لكنا استحسنا ذلك بحديث هند امرأة ابي سفيان وقد اسلفناه وقال فيه خذي من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك بالمعروف اذ هو يفيد جواز الانفاق من مال الغائب لمن تجب له النفقة من الزوجة والولد ثم اذا ثبت في الزوجة والولد على خلاف القياس لا يلحق به قرابة غير الولاد بالقياس وثبوت نفقة الاب بالدلالة لان حقه فيها آكد من حق الولد فان الولد لا يستحقها بمجرد الحاجة بل اذا كان عاجزا عن الكسب والاب يستحقها بمجردها وان كان يقدر على الكسب **قوله** ولو دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه فكان ان يأمر هو لا بالقبض ليس القاضي نائبا في الحفظ فقط بل فيه وفي ايفاء ما عليه من الحقوق ايضا مما لا يحتاج في ثبوته عنده الى سماع بينة ولذا جاز له ان يوفي ما عليه من دين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه المأمور بالحفظ فقط فيضمن اذا اعطاهم بلا امره فان قيل ينبغي ان لا يضمن المودع اذا دفعها اليهم لانه لو رد الوديعة الى من في عيال المودع يبرأ اجيب بان ذلك اذا دفعها اليهم للحفظ عليه لا للاتلاف والاحسن ان يأخذ القاضي منهم كفيلا لاحتمال انه طلقها قبل ذلك او عجل لها النفقة لكن لو لم يأخذ جاز لانه لا يجب اخذ الكفيل الا للخصم وليس هنا خصم طالب بذلك فلو كان المودع والمديون جاحدين اصلا اي جاحدين لكل من الوديعة والدين والنسب والزوجية او جاحدين للنسب والزوجية معترفين بالوديعة والدين او بالعكس ولم يكونا ظاهرين عند القاضي لم ينتصب احد من مستحقي النفقة الزوجة او الاب او الابن خصما في ذلك اي في اثبات الدين او النسب او الوديعة باقامة البينة على شيء من ذلك لان المودع والمديون ليسا خصما في ثبوت الزوجية والقضاء بها ولان ما يدعيه للغائب سببا متعينا لثبوت حقه الذي هو النفقة لانها كما تجب في هذه المال تجب في مال آخر للمفقود وستعرف تفصيل هذا ان شاء الله تعالى في ادب القاضي **قوله** ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبينها وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة ولانه منع حقها بالغيبة وان كان من غير قصد منه فيفرق بينهما القاضي بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة فانه يفرق بينهما فيهما بعد مدة لذلك هذا منه في الايلاء بناء على انه لا يوجب الفرقة بمجرد مضي المدة بل بتفريق القاضي بعدها وبعد هذا الاعتبار اخذ في المدة الاربع من الايلاء والسنين من العنة بجامع رفع الضرر عملا بالشبهين وحديث الذي اختطفته الجن رواه ابن ابي شيبة حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو وعن يحيى بن جعدة ان رجلا استهوته الجن على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه فاتت امرأته عمر فامرها ان تتربص اربع سنين ثم امر وليه بعد اربع سنين ان يطلقها ثم امرها ان تعتد فاذا انقضت عدتها تزوجت فان جاء زوجها خير بين امرأته والصداق واخرج عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن يونس بن خباب عن مجاهد عن الفقيد الذي فقد قال دخلت الشعب فاستهوتني الجن فمكثت اربع سنين ثم اتت امرأتي عمر الحديث بمعنى الاول واخرجه عبد الرزاق من طريق وفيه فقال له عمر لما جاء ان شئت رددنا اليك امرأتك وان شئت زوجناك غيرها قال بل زوجني غيرها ثم جعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره ورواه الدارقطني وفيه ثم امرها ان تعتد اربعة اشهر وعشرا

قال واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال رضي الله عنه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروي عن ابي يوسف رح بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كانه مات في ذلك الوقت معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي

وروى مالك في الموطأ ان عمر بن الخطاب قال ايما امرأة فقدت زوجها فلم تدر اين هو فانها تنتظر اربع سنين ثم تعتد اربعة اشهر وعشرا ثم تحل واسند ابن ابي شيبة عن سعيد بن المسيب ان عمر وعثمان قالا في امرأة المفقود تربص اربع سنين ثم تعتد اربعة اشهر وعشرا واسند ابن ابي شيبة عن خلاس ان عليا قال مثله وعن ابن عمر وابن عباس في المفقود قالا تربص اربع سنين ثم يطلقها وليه ثم تربص اربعة اشهر وعشرا قال المصنف ولنا قوله عليه الصلوة والسلام في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان اخرجه الدارقطني في سننه عن سوار بن مصعب ثنا محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان وفي بعض نسخه حتى يأتيها الخبر وهو ضعيف بمحمد بن شرحبيل قال ابن ابي حاتم عن ابيه يروي عن المغيرة مناكير اباطيل قال ابن القطان وسوار بن مصعب اشهر في المتروكين منه ثم بأنه فيه والمعروف قول علي رضي الله عنه وهو ما رواه عبد الرزاق اخبرنا محمد بن عبيد الله العرزمي عن الحكم بن عتيبة ان عليا قال في امرأة المفقود هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت او طلاق انبأنا معمر عن ابن ابي ليلى عن الحكم ان عليا مثله وقال اخبرنا ابن جريج قال بلغني ان ابن مسعود وافق عليا على انها تنتظره ابدا واخرج ابن ابي شيبة عن ابي قلابة وجابر بن زيد والشعبي والنخعي كلهم قالوا ليس لها ان تتزوج حتى يستبين موته وعول الى ان المسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين فعند عمر رح الى التقدم وذهب علي رح الى انها امرأته حتى يأتيها البيان والانسب في ترجيح الحديث الضعيف العمل بمرجح الاشتباه بالاصالة ومما ذكر من موافقة ابن مسعود ومرجح آخر ذكره المصنف في مرجح آخر فقال ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزول النكاح بالشك وكان عمر رجع الى قول علي ذكره ابن ابي ليلى قال ثلاث قضيات رجع فيها عمر الى قول علي امرأة المفقود وامرأة ابي كنف والمرأة التي تزوج في عدتها وقوله في الثلاثة قول علي في امرأة المفقود عرفت واما امرأة ابي كنف فكان ابو كنف طلقها ثم اشهد على رجعتها فلم يبلغها حتى غاب ثم تزوجت ثم قدم فوجدها قد تزوجت ثم اتى عمر فقص عليه القصة فقال له ان لم يكن دخل بها فانت احق بها وان كان دخل بها فليس لك عليها سبيل فقدم ثم دخل الذي تزوجها فقال لهم ان لي اليها حاجة فخلوا بيني وبينها فوقع عليها وبات عندها ثم غدا الى الامير عمر فخبره انه بات عندها الحديث فانه يدل على عدم ثبوت الرجعة في حقها اذا لم تعلم حتى اذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني لم يبق للاول عليها سبيل لرفع الضرر عنها ثم رجع الى قول علي ان رجعتها صحيحة وهي منكوحة دخل بها الثاني او لا واما المرأة التي تزوجت في عدتها فالمراد الحديث الذي رواه ان امرأة نكحت في عدتها ففرق عمر بينهما وجعل مهرها في بيت المال وقال لا يجتمعان ابدا ثم رجع الى قول علي وهو انه يفرق بينهما وبين الثاني ولها المهر عليه بما استحل من فرجها وترد الى الاول ولا يقربها حتى تنقضي عدتها من ذلك قال ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلا وهذا على رأينا بان الوقوع به عند انقضاء المدة بالايلاء لا يتوقف على تفريق القاضي قال ولا بالعنة لان الغيبة في الغالب تعقبها الرجعة والعنة قل ما تنحل بعد استمرارها سنة فكان عود المفقود ارجى من زوال العنة بعد مضي السنة فلا يلزم من شرع الفرقة فيها شرعها فيما

قوله واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال المصنف هذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران

وفي المروي عن ابي يوسف رح بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين وجه رواية الحسن ان الاعمار في زماننا قل ما تزيد على مائة وعشرين بل لا يسمع اكثر من ذلك فيقدر بها تقديرا بالاكثر واما ما قيل ان هذا يرجع الى قول اهل الطباع فانهم يقولون لا يجوز ان يعيش احد اكثر من ذلك وقولهم باطل بالنصوص كنوح وغيره فمما لا ينبغي ان يذكر توجيها لمذهب من مذاهب الفقهاء وكيف وهم يعرفون ما دلت عليه النصوص والتواريخ بالاعمار السابقة للبشر بل لا يحل لاحد ان يحكم على ائمة المسلمين انهم اعتمدوا في قول لهم على الذين يعترفون ببطلانه ويوجبون عدم اعتباره في شيء من الاشياء ووجه ظاهر الرواية انه من النوادر ان يعيش الانسان بعد موت اقرانه فلا يبنى الحكم عليه ثم اختلفوا فذهب بعض المشائخ الى ان المعتبر موت اقرانه من جميع البلاد واخرون ان المعتبر موت اقرانه في بلده فان الاعمار قد تختلف طولا وقصرا بحسب الاقطار بحسب اجراء الله تعالى العادة ولذا قالوا الصقالبة اطول اعمارا من الروم فانما يعتبر باقرانه في بلده ولان في ذلك حرجا كثيرا في تعرف موتهم في البلدان بخلافه في بلده فانما فيه نوع حرج محتمل واما المروي عن ابي يوسف رح فذكر عنه وجه شبهه ان يكون على سبيل المداعبة منه لهم قيل انه سئل عنه فقال ابينه لكم بطريق محسوس

ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حيوته معلومة ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابني ابن وبنت ابن والمال في يد الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى لو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى باتم من هذا

فان المولود اذا كان ابن عشر يدور حول ابويه وكذا اذا عقد عشرا فاذا كان ابن عشرين كان بين الصبا والشباب وكذا اذا عقد عشرين فاذا كان ابن ثلاثين يستوي وكذا اذا عقد ثلاثين فاذا كان ابن اربعين يحمل عليها الاثقال وكذا اذا عقد اربعين فاذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الاثقال والاشغال وكذا اذا عقد خمسين فاذا كان ابن ستين تنقبض الشيخوخة وكذا اذا عقد ستين فاذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا وكذا اذا عقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقي وكذا اذا عقد ثمانين فاذا كان ابن تسعين تنضم امعاؤه في بطنه وكذا اذا عقد تسعين فاذا كان ابن مائة يتحول من الدنيا الى العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى الى اليسرى ولا شك ان مثل هذا لا يثبت الحكم وانما المعول عليه الحمل على طول العمر في المفقود احتياطا والغالب فيمن طال عمره ان لا يجاوز المائة وقول ابن المبسوط وكان محمد بن سلمة يفتي بقول ابي يوسف حتى تبين له خطاؤه في نفسه فانه عاش مائة وسبع سنين ليس موجبا لخطائه لانه مبني على الغالب عنده وكونه هو خرج عن الغالب لا يكون مخطئا فيما اعطى من الحكم وكذا ذكر الامام سراج الدين في فرائضه عن نصير بن يحيى انها مائة سنة لان الحياة بعدها نادر ولا عبرة بالنادر وروي انه عاش مائة وتسع سنين او اكثر ولم يرجع عن قوله واختار الشيخ الامام ابو بكر محمد بن حامد انها تسعون سنة لان الغالب في اعمار اهل زماننا وهذا لا يصح الا ان يقال ان الغالب في الاعمار الطوال في اهل زماننا ان لا يزيد على ذلك ثم المتأخرون الذين اختاروا ستين بنوه على الغالب من الاعمار والحاصل ان الاختلاف ما جاء الا من اختلاف الرأي في ان الغالب هذا في الطول او مطلقا فلذا قال شمس الائمة الاليق بطريق الفقه ان لا يقدر بشيء لان نصب المقادير بالرأي لا يكون وهذا هو قول المص والاقيس الخ ولكن نقول اذا لم يبق احد من اقرانه يحكم بموته اعتبارا لحاله بحال نظائره وهذا رجوع الى ظاهر الرواية قال المص والارفق اي بالناس ان يقدر بتسعين وارفق منه التقدير بستين وعندي الاحسن سبعون لقوله عليه الصلوة والسلام اعمار امتي ما بين الستين الى السبعين فكانت المنتهى غالبا وقال بعضهم يفوض الى رأي القاضي فاي وقت رأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم بالوفاة كانه مات فيه معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي **قوله** ومن مات منهم اي ممن يرث المفقود قبل ذلك اي قبل ان يحكم بموت المفقود لم يرث من المفقود بناء على الحكم بموته قبل موت المفقود فتجري مناسخة فترث ورثته من المفقود لانه لم يحكم بموت المفقود بعد وحين مات هذا كان المفقود محكوما بحياته كما اذا كانت حياته معلومة ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت يعني وقت موت ذلك الاحد باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق بل في دفع الاستحقاق عليه ولذا جعلناه حيا في حق نفسه فلا يورث ماله في حال فقده ميتا في حق غيره فلا يرث هو غيره وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي في حال فقده قال محمد لا اقضي بها ولا ابطلها حتى يظهر حال المفقود يعني توقف نصيب المفقود من الموصي له الى ان يقضى بموته فاذا قضي به جعل كانه مات الآن وفي استحقاق مال غيره كانه مات حين فقد وهذا معنى قولنا المفقود ميت في مال غيره **قوله** ثم الاصل انه اذا مات من حيث يرثه المفقود وان كان مع المفقود وارث لا يحجب بالمفقود حجب حرمان ولكنه ينتقص حقه به يعطى ذلك الوارث اقل نصيبيه ويوقف الباقي حتى تظهر حياة المفقود او موته او يقضى بموته وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى لذلك الوارث شيء بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وابنة ابن والمال في يد اجنبي وتصادقوا اي الاجنبي والورثة على فقد الابن وطلبت البنتان الميراث يعطيان النصف لانه متيقن به لان اخاهما المفقود ان كان حيا فلهما النصف وان كان ميتا فلهما الثلثان فالنصف متيقن فيعطيانه ويوقف النصف الآخر في يد الاجنبي الذي هو في يده ولا يعطى ولد الابن شيئا لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت خيانته بان كان انكر ان للميت عنده مالا

كتاب الشركة

اقامت البنتان البينة عليه فيقضى بها لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فاذا ثبت موته اخذ الفضل الباقي منه ويوضع على يد عدل لظهور خيانته ولو كانوا لم يتصادقوا على فقد الابن بل قال الاجنبي الذي في يده المال مات المفقود ويجبر على دفع الثلثين للبنتين لان اقراره معتبر فيما في يده وقد اقران الثلثين للبنتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع اقراره قول اولاد الابن ابونا او عمنا مفقود لانهم بهذا القول لا يدعون لانفسهم شيا ويوقف الثلث الباقي في يده ولو كان المال في يد البنتين واتفقوا على الفقد لا يحول المال من موضعه ولا يوقف شيء للمفقود بل يقضى للبنتين بالنصف بلا ريب ويوقف النصف في ايديهما على حكم ملك الميت فان ظهر المفقود حيا دفع اليه وان ظهر ميتا اعطى البنتان سدس كل المال من ذلك النصف وثلث الباقي لولد الابن للذكر مثل حظ الانثيين ولو قالت البنتان مات اخونا وليس بمفقود وقال ولد الابن بل مفقود والمال في ايديهما اعطيتا الثلثين ووقف الثلث لانهما في هذه يدعيان الثلثين والمال في ايديهما فان ظهر حياته اخذ منهما السدس له ولو كان المال في يد ولد المفقود واتفقوا على انه مفقود يعطى البنتان النصف لانهما ادعياه بالاقرار لفقده ويوقف النصف الاخر في يد من كان في يده ولو ادعى ولد المفقود ان اباهم مات لم يدفع اليهما شيا حتى تقوم البينة على موته قبل ابيه او بعده فان اقامت على موته قبله يعطى لهم الثلث والثلثان للبنتين لان الميت على هذا مات عن بنتين واولاد ابن وان قامت عليه بعده يعطى لهم النصف لان الميت مات عن ابن وبنت وابن ثم مات الابن عن ولد قال المصنف ونظيره اي في وقت الميراث عند الشك في النصيب الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى واحترز به عما روي عن ابي حنيفة يوقف له ميراث اربع بنين لما قال له شريك رأيت بالكوفة لابي اسمعيل اربع بنين في بطن واحد وعما عن محمد ميراث ثلاثة بنين وفي اخرى نصيب ابنين وهو رواية عن ابي يوسف نصيب واحد وعليه الفتوى ولو كان مع الحمل وارث اخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه المتيقن به على كل حال وكذا اذا ترك ابنا وامراة حاملا تعطى المراة الثمن وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى شيا وان كان ممن يتغير يعطى الاقل للتيقن به مثاله ترك امراة حاملا وجدة فتعطى السدس لانه لا يتغير ولو ترك حاملا واخا وعما لا يعطى شيا لان الاخ يسقط بالابن وجاز ان يكون الحمل ابنا فكان بين ان يسقط ولا يسقط فكان اصل الاستحقاق مشكوكا فيه فلا يعطى شيا ولو ترك حاملا واما وزوجة تاخذ الام السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا اخذت الام الثلث او حيا اخذت السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا اخذت الربع والله الموفق للصواب.

كتاب الشركة

هو بسكان الراء في المعروف اورد الشركة عقيب المفقود لتناسبهما بوجهين كون مال احدهما امانة في يد الاخر كما ان مال المفقود امانة في يد الحاضر وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حي ونحوه مناسبة خاصة بينهما والاول عامة فيها وفي الابق واللقيط واللقطة على اعتبار وجود مال مع اللقيط وانما قدم المفقود عليها ولا ده والابق لشموله عرضية الهلاك كلا من نفس المفقود والابق وكان بعضهم تخيل ان عرضية الهلاك للمال فقال ان المال على عرضية التوى حاصل محاسن الشركة ترجع الى الاستعانة في تحصيل المال والشكر لعمه عليه بتعريف النفس لا يتميز احدهما وما قيل انه اختلاط النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل اشركه شركا فظهر انها فعل الانسان وفعله الخلط واما الاختلاط فصفة للمال تثبت عن فعلهما ليس له اسم من المادة ولا يظن ان اسمه الاشتراك لان الاشتراك فعلهما ايضا مصدر اشترك الرجلان افتعال من الشركة ويعدى الى المال بحرف في فيقال اشتركا في المال اي حققا الخلط فيه فالمال مشترك فيه اي تعلق به اشتراكهما

الشركة جائزة لانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه **قال** الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف فى نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد منهما فى نصيب صاحبه كالاجنبى وهذه الشركة تتحقق فى غير المذكور فى الكتاب كما اذا اتهب رجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالهما من غير صنع منهما او بخلطهما خلطا يمنع التميز راسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه فى جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا فى صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق فى كفاية المنتهى

اى خلطها وكذا فى شركة العين اختلاطها وفى شركة العقد اللفظ المفيد له ويقال الشركة على العقد نفسه لانه سبب خلطها فاذا قيد شركة العقد لم يحتج فى اضافته بيانه **قوله** الشركة جائزة الى آخره قيل شرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء فى الثلث وهذا انما يفيد شركة الملك لا المقصود الاصلى الذى هو شركة العقد وقوله تعالى وان كثيرا من الخلطاء اى من الشريكين لا يدل على جواز كل منهما مع انه حكاية قول داود ومن اخبار المتقدمين عن شريعته اذ ذاك فلا يلزم استمراره فى شريعتنا واما السنة فما فى ابى داود وابن ماجه والحاكم عن السائب انه قال للنبى صلى الله عليه وسلم كنت شريكى فى الجاهلية فكنت خير شريك لا تدارى ولا تمارى وروى احمد بن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن السائب عن النبى صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الاسلام فى التجارة فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلوة والسلام مرحبا باخى وشريكى كان لا يدارى ولا يمارى يا سائب قد كنت تعمل اعمالا فى الجاهلية لا تقبل منك وهى اليوم تقبل منك وكان ذا سلف وصدقة واسم السائب صيفى بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وقول السهيلى فيه انه كثير الاضطراب فمنهم من يرويه عن السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ومنهم من عبد الله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت فيه شئ ولا تقوم به حجة انما يصح اذا اريد الحجة فى تعيين الشريك من كان اما غرضنا وهو ثبوت مشاركته صلى الله عليه وسلم فثابت على كل حال قال ابراهيم الحربى فى كتابه غريب الحديث يدارى مهموز فى الحديث اى يدافع ثم ابدل الشاهد انما هو انه الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل اعنى انه بعث وهم يتشاركون فقررهم ومفيد الجزء الثانى ما فى ابى داود ومستدرك الحاكم عن ابى هريرة عنه عليه السلام قال الله تعالى انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان خرجت من بينهما زاد رزين وجاء الشيطان وضعفه ابن القطان بجهالة والد ابى حيان هو سعيد فان الرواية عن ابى حيان عن ابيه هو سعيد بن حيان ورواه غيره عن ابى حيان مرسلا ورواه الدارقطنى يد الله على الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان احدهما صاحبه رفعها عنهما ولا شك ان كون الشركة مشروعة اظهر ثبوتا مما به ثبوتها من هذا الحديث ونحوه اذ التوارث والتعامل بها من لدن النبى صلى الله عليه وسلم وهلم جرا متصل لا يحتاج فيه الى اثبات حديث بعينه فلهذا لم يزد المصنف على ادعاء تقريره عليه الصلوة والسلام عليها **قوله** الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها الرجلان او يشتريانها وظاهر هذا الحمل من القدورى القصر فذكر المصنف انها لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما اذا اتهبا عينا او ملكاها بالاستيلاء بان استوليا على مال حربى او ملكاه بالاستيلاء او اختلط مالهما من غير صنع من احدهما بان انفتق كيساهما المتجاوران فاختلط ما فيهما او اختلط بخلطهما خلطا يمنع التمييز كالحنطة بالحنطة او تعسر كالحنطة بالشعير ولو قال العين ملكا لكان شاملا الا ان بعضهم ذكر فى شركة الاملاك الشركة فى الدين فقيل مجاز لان الدين وصف شرعى لا يملك وقد يقال بل يملك شرعا ولهذا جازت هبته ممن عليه الحق وقد يقال ان الهبة مجاز عن الاسقاط ولهذا لم تجز من غير من عليه والحق ما ذكرناه من ملكه ولذا ملك ما عند من العين على الاشتراك حتى اذا دفع من عليه الى احدهما شيئا كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما اخذ وليس له ان يقول هذا الذى اخذته حصتى والباقى على المديون حصتك ولا يصح من المديون ايضا ان يعطيه شيئا على انه قضاه واخذ الآخر قالوا والحيلة فى اختصاص الآخذ بما اخذ ان يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته وحكم هذه الشركة انه لا يجوز له ان يتصرف فى نصيب شريكه الا بامره لان كلا منهما فى نصيب الآخر كالاجنبى عن الشركة لعدم تضمنها الوكالة وانه يجوز ان يبيع نصيبه من الشريك فى جميع الصور واما من غير الشريك فيجوز بغير اذنه فى جميع الصور الا فى الخلط والاختلاط فانه لا يجوز بيع احدهما نصيبه من غير الشريك الا باذن الشريك قال المصنف وقد بينا الفرق فى كفاية المنتهى وحقيقة الفرق

والضرب الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول أحدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لأنها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ هي من المساواة قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا أي متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه وكذا في التصرف لأنه لو ملك أحدهما تصرفا لا يملكه الآخر لفات التساوي وكذلك في الدين لما نبينه إن شاء الله تعالى

ما أشار إليه في الفوائد الظهيرية وهو أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشتريا حنطة أو ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شائعا جائز من الشريك والأجنبي بخلاف ما إذا كانت بالخلط أو الاختلاط لأن كل حبة مملوكة بجميع أجزائها ليس للآخر فيها شركة فإذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على التسليم إلا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم وإنما ذكر شيخ الإسلام من أن خلط الجنس بالجنس سبب لزوال الملك عن المخلوط مالا إلى الخالط فإذا حصل بغير تعد يكون سببا لزوال من كل وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل منهما زائلا إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك فقد يمنع ثبوت الزوال من وجه فإن تمام السبب فيه هو التعدي فعند عدمه لا يثبت من وجه وإلا لكانت جميع المسببات ثابتة من وجه قبل أسبابها وأيضا فالزوال إلى الخالط عينا لا إلى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلا إلى الشريك في البيع من الأجنبي بل اعتبار نصيب غير الخالط فقط إذا باع من الأجنبي وأيضا فإن تمام السبب التعدي لأن الخلط لا يظهر أثره في ذلك وإنما تبين به أي تعديه السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدي في خلطه **قوله** والضرب الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول ثم فسر العقد بقوله وهو أن يقول أحدهما شاركتك في كذا فيقول الآخر قبلت أي في كذا من المال أو في كذا من التجارات البزازية أو البقالية أو في كل ما لي أو ما لك بها متساويان أو في جميع التجارات وكل كفيل من الآخر في المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سيأتي وليس اللفظ المذكور بلازم بل المعنى ولو دفع ألفا إلى رجل وقال أخرج مثلها واشتر وما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر وأخذ وعمل انعقدت الشركة ويندب الإشهاد عليها وذكر محمد كيفية كتابتها فقال هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الأمانة ثم يبين قدر رأس مال كل منهما ويقول وذلك كله في أيديهما يشتريان به ويبيعان جميعا وشتى ويعمل كل واحد منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة وهذا وإن ملكه كل بمطلق عقد الشركة إلا أن بعض العلماء يقول لا يملكه كل واحد منهما إلا بالتصريح به فللتحرز عنه يكتب هذا ثم يقول فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤوس أموالهما وما كان من وضيعة أو تبعة فكذلك ولا خلاف أن اشتراط الوضيعة بخلاف قدر رأس المال باطل واشتراط الربح متفاوتا صحيح فيما سنذكره فإذا كانا اشترطا التفاوت فيه كتباه وكذلك يقول اشتركا على ذلك في حال كذا في يوم كذا في شهر كذا ويكتب التاريخ كيلا يدعي أحدهما لنفسه فيما اشتراه الآخر قبل هذا التاريخ **قوله** وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة وهذا الشركة منصوب على المصدر معمول المعقود وكل صحيح عقود الشركة يتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة وإنما شرط ذلك ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه أي حكم عقد الشركة المطلوب منه وهو الاشتراك في الربح إذ لو لم يكن كل منهما وكيلا عن صاحبه في النصف وأصيلا في الآخر لا يكون المستفاد مشتركا لاختصاص المشتري واحترز به عن الاشتراك في التكدي والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فإن الملك في كل ذلك مختص بمن باشر السبب **قوله** ثم هي أي شركة العقود على أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه قيل في وجه الحصر أن العقد إما أن يذكر فيه مال أو لا وفي الأول إما أن تشترط المساواة في المال وربحه وتصرفه ودينه وشركته أو لا فإن شرط ذلك فهو المفاوضة وإلا فهو العنان وعلى عدم ذكر المال إما أن يشترط العمل في مال الغير أو لا فالأول الصنائع والثاني الوجوه وقيل عليه أنه يقتضي أن شركة الصنائع والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عنانا وليس كذلك كما سنذكره فيها فالأوجه التقسيم ما ذكره الشيخان أبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن الكرخي حيث قالا الشركة على ثلاثة أوجه شركة بالأموال وشركة بالأعمال وشركة بالوجوه وكل منها على وجهين مفاوضة وعنان وسيأتي البيان إن شاء الله تعالى **قوله** فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك رجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما ويكون كل منهما كفيلا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه كما أنه وكيل عنه لأنها شركة عامة يفوض

وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي ره وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة وجه القياس انها تضمنت وكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس يعاملونها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى قال فتجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين او ذميين لتحقق التساوي

كل منهما الى صاحبه على العموم في التجارات والتصرفات لان المفاوضة الشركة والمفاوضة المساواة فلا بد من تحقق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فيهم التساوي في ذلك ولا يخفى ان قول المصنف اذ هي من المساواة تساهل لان مادة اخرى فكيف يتحقق الاشتقاق بل هي من التفويض او من الفوض الذي منه فاض لما رواه اصحابنا واختاروا ان معناها المساواة واستشهد لقول الافوه الاودي ؂ لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ؂ ولا سراة اذا جهالهم سادوا ؂ وبعده ؂ اذا تولى سراة الناس امرهم ؂ نما على ذاك امر القوم فازدادوا ؂ وقيل بعده ؂ تهدى الامور باهل الرأي ما صلحت ؂ فان تولت فبالجهال تنقاد ؂ ومعنى البيت اذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون اليه بل كان كل واحد مستقلا مستبدا برأيه كان تحققت المنازعة والفساد كما في قوله تعالى لو كان فيهما آلهة الا الله لفسدتا والسراة جمع سري وهو السيد وجعله صاحب المفصل اسم جمع كالركب في راكب والسري فعيل جمع فعلة بالتحريك واصله سروة فتحركت الواو وانفتح ما قبلها فانقلبت الفا فصار سراة واصل سري سريو اجتمعا وسبقت احداهما بالسكون فانقلبت الواو ياء ثم ادغمت في الياء وسيأتي وجه المساواة فلا بد من تحقق المساواة ابتداء عند عقد الشركة وانتهاء اي في مدة البقاء لان عقد الشركة عقد غير لازم فان لكل منهما ان ينفرد اذا شاء فكان لبقائه حكم الابتداء فما يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة احدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو ازداد بعد الشراء بالمالين لان الشركة انتقلت الى المشتري فانما تغير سعر راس المال بعد خروجه عن الشركة فيه ولو اشترى بالجميع مال احدهما ثم فضل مال الاخر ففي القياس تفسد المفاوضة وفي الاستحسان لا تفسد لان الشراء بالمالين جميعا قل ما يتفق فيلزم باشتراطه حرج ولان المساواة قائمة معنى لان الاخر لما ملك نصف ما اشترى صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف ماله مستحق به لصاحبه غير انه لا يشترط اتحادهما صفة فلو كان لاحدهما دراهم سود وللاخر مثلها بيض وقيمتهما متساوية صحت المفاوضة بخلاف ما لو ازدادت وكذا لاحدهما الف وللاخر مائة دينار قيمتها الف صحت فان زادت صارت عنانا وكذا لو ورث احدهما دراهم او اتهبها تنقلب عنانا ثم المراد بالمال الذي يلزم فيه التساوي ما تصح به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس على قولهما دون العروض ولو كان لاحدهما وديعة نقد لم تصح المفاوضة ولو كان له دين صحت الى ان يقبضه فاذا قبضه فسدت وصارت عنانا وكذا يعتبر التساوي في التصرف فانه لو ملك احدهما تصرفا لم يملكه الاخر فات التساوي وكذا في الدين لما نبين عن قريب قوله وهذه الشركة

جائزة في قول اصحابنا رحمهم الله استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعي ره وقال مالك ره لا اعرف ما المفاوضة وهذا لا يلزم منه تناقض كما قيل اذا لم يعرفها فكيف حكم بفسادها لان العالم بالقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد والمعنى لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في الشرع وما لا وجود له شرعا لا صحة له وقد حكي عن اصحاب مالك ان المفاوضة تجوز وهي ان يفوض كل الى الاخر التصرف في غيبته وحضوره ويكون يده كيده غير ان لا يشترط التساوي في المالين وممن روي عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ذكره ابو بكر الرازي وجه قولهما وهو وجه القياس انها تضمنت الوكالة بشراء مجهول الجنس والكفالة لمجهول وكل بانفراده فاسد ولو قال وكلتك لتشتري عبدا او ثوبا لم يجز حتى يبين نوعه وصفته ولو قال لم يجعل الحسن مستدنيه بما يلزمه لا يصح فاجتماعهما يزيده فسادا فان قيل الوكالة العامة جائزة كما لو قال لاخر وكلتك في مالي اصنع فيه ما شئت حتى يجوز له ان يصنع ما شاء قلت العموم غير مراد فانه لا يثبت وكالة كل في شراء طعام اهل الاخر وكسوتهم فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس وجه الاستحسان ما روي عنه عليه السلام انه قال فاوضوا فانه اعظم للبركة وقوله عليه السلام اذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة وهذا الحديث لم يعرف

وان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا تجوز ايضا لما قلنا ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال ولا بين المسلم والكافر وهذا قول ابي حنيفة ره ومحمد ره وقال ابو يوسف يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح ولا يجوز بين العبدين

في كتب الحديث اصلا الله اعلم به وانما ثبت به حجة على الخصم وانما اخرج ابن ماجة في التجارات عن صالح بن صهيب عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث فيهن البركة البيع الى اجل والمقارضة واخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع وفي بعض نسخ ابن ماجة المعاوضة بدل المفاوضة ورواه ابراهيم الحربي في كتاب غريب الحديث وضبط المعارضة بالعين والضاد وفسرها ببيع عرض بعرض مثله والاخير ما ذكره من ان الناس تعاملوا بها من غير نكير وبه يترك القياس لان التعامل كالاجماع ولو منع ظهور التعامل بها على الشروط الذي ذكرتم من المساواة في جميع ما يملكه من النقود بل على شرط التفويض العام كما عن مالك لكن ثم اجاب عن القياس فقال الجهالة متحملة لانها انما تثبت تبعا والتصرف قد يصح تبعا ولا يصح مقصودا كما في المضاربة فانها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا تتم الالزام وانتظم الكلام ا هـ وجه قوله والجهالة متحملة تبعا الجواب عن الزام الكفالة بمجهول وفصل الجواب فيها في المبسوط فقال واما الجهالة فيها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة بسببها وهو منعدم هنا لان كل واحد منهما انما يصير ضامنا عن صاحبه بالتزامه بتجارة وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم وكان المراد انما لم يرجح عليه لانه لو صحت الكفالة بمجهول ابتداء لان عند اللزوم لابد من تعيين المكفول له فاكتفى بنفي الالزام لما ذكر من ان الشيء قد يصح تبعا لا قصدا ولا يلزم من عدم صحة الكفالة كذلك قصدا عدم صحتها ضمنا وعلى هذا يمكن اثبات ضمنا شرعا اخذا من هذا الجواب بكذا تصرف نافع لا مانع فيه الشرع يوجب صحته والمانع وهو الوكالة بمجهول والكفالة بمجهول يمنع اذا ثبت قصدا ولا يلزم من منع الشيء اذا ثبت قصدا منعه اذا ثبت ضمنا فان قيل فمن اين اشتراط المساواة في المال قلنا هذا امر يرجع الى مجرد الاصطلاح وذلك ان الشركة في صورة يكون الشريكان متساويين في المالين على وجه التفويض على العموم جائزة بلا مانع كما في صورة عدم تساويهما فقلنا ان عقدا على الوجه الاول سمينا الشركة مفاوضة والا سميناها عنانا غير انا اكتفينا بلفظ المفاوضة في ثبوت الشرط المذكور لجعلنا اياه علما على تمام المساواة في امر الشركة فاذا ذكراه ثبت احكامها اقامة اللفظ مقام المعنى بخلاف ما اذا لم يذكراه لعدم تحقق رضاهما باحكامها الا ان يذكرا تمام معناها بان يقول احدهما وهما حران بالغان مسلمان او ذميان شاركتك في جميع ما املك من نقد وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر في التجارات والنقد والنسيئة وعلى ان كلا ضامن عن الآخر ما يلزمه من امر كل بيع وهذا قول العم ويتعقد بلفظ المفاوضة لتعذر شرائطها من فهم العوام حتى لو ذكرا جميع ما تقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى واللفظ وسيلة الى افهامه ولو عقدا بلفظ المفاوضة وبعض شرائطها منتف انعقدت عنانا اذا لم يكن المنتفي من شرط العنان فيكون تعبيرا بالمفاوضة عن العنان **قوله** وان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فيه لا خلاف وقوله لما قلنا اي لتحقق التساوي اذ الكفر ملة واحدة **قوله** ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لتعذر المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك احدهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة اصلا ولو اذن له الولي ولا يملك التصرف الا باذنه **قوله** ولا بين الكافر والمسلم وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح يجوز للتساوي بينهما في صحة الوكالة والكفالة وكون احدهما وهو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد على الخمر ونحوه لا يعتبر به بعد تساويهما في اصل التصرف مباشرة ووكالة وكفالة وصار كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في العقد على متروك التسمية الا انه يكره اي عقد الشركة بين المسلم والكافر لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولا يحترز من الربا فيكون سببا لوقوع المسلم في اكل الحرام وقوله الا انه يكره استثناء من قوله قال ابو يوسف يجوز بناء على استعمال الجواز في اعم من الاباحة بمعنى استواء الطرفين ومن سواه

ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عناناً لاستجماع شرائط العنان
إذ هو قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً قال وتنعقد على الوكالة والكفالة أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا وأما الكفالة فلتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارات وهو
توجه المطالبة نحوهما جميعاً قال وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم وكذا كسوته وكذا الإدام لأن مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه
في التصرف وكان شراء أحدهما كشرائهما إلا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فإن الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن إيجابه على
صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس أن يكون على الشركة لما بينا وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء المشتري بالأصالة وصاحبه
بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما أدى لأنه قضى ديناً عليه من مال مشترك على ما بينا قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلاً عما يصح فيه
الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقاً للمساواة فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد
وعن النفقة قال وإن كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يلزمه لأنه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب
ولو صدر من المريض يصح من الثلث فصار كالإقراض والكفالة بالنفس ولأبي حنيفة رحمه الله أنه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لأنه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره
فبالنظر إلى البقاء تضمنه المفاوض وبالنظر إلى الابتداء لم تصح ممن ذكرناه ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لأنه تبرع
ابتداء وانتهاء وأما الإقراض فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو إعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الأجل فلا تتحقق معاوضة

إليه ما قبله ما يرد فيه لسر لأن تعقيب الاستثناء أن ينفي الحكم عما بعد إلا فيكون قد أخرج الكراهة التي تضمنها الجواز معه فلا تثبت فإنما هو استدراك من الجواز فإن مطلقه
ينصرف إلى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة أي لكنه يكره وبعض أهل الدرس قالوا يريد الاستثناء المنقطع لما أن إلا بمعنى لكن وهو غلط لأن المستثنى في المنقطع
مخرج من حكم الصدر فما لم يجئ في قوله جائز إلا أنه يكره يقتضي إخراج الكراهة من ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة وإنما لا يتساويان في التصرف فإن
الذمي لو اشترى برأس المال خموراً أو خنازير يصح ولو اشتراها المسلم لا يصح لكن يبقى قول أبي يوسف كالمفاوضة بين الحنفي والشافعي مع أن التفاوت فيها
بما كان لم يجب وكذا بين الكتابي والمجوسي فإن المجوسي يتصرف في الموقوذة لأنه يعتقد ماليتها دون الكتابي وكذا الكتابي يؤاجر نفسه للذبح دون المجوسي وهو يجيب
بأن منهم من جعل الموقوذة مالاً متقوماً في حقهم فلا يفصل بين المجوسي والكتابي فيتحقق المساواة في التصرف وأما مؤاجرته نفسه للذبح فكل منهما من أهل أن
يتقبل ذلك العمل على أن يعمل بنفسه أو نائبه وإجارة المجوسي نفسه للذبح جائزة يستوجب بها الأجر وإن كان لا تحل ذبيحته فأما الحنفي والشافعي فالمساواة
ثابتة لأن الدليل على كونه ليس مالاً متقوماً في حقهم وولاية الإلزام بالمحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعي كالحنفي وأما المسلم مع المرتد فلا
تجوز الشركة بينهما في قولهم هكذا ذكره الكرخي وذكر في الأصل قياس قول أبي يوسف أنه يجوز عنده **قوله** ولا بين الصبيين يعني ولو أذن وليهما لأنهما ليسا من
أهل الكفالة ولا بين العبدين والمكاتبين **قوله** وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها إلخ وذلك كما لو عقد البالغ والصبي أو حر وعبد أو مكاتب أو شرطا
عدم الكفالة تصريحاً أو أن عمّما التصرف والمال وتساويا فيه لأن عقد شركة العنان قد يكون عاماً كما يكون خاصاً بخلاف المفاوضة لا تكون إلا عامة
قوله وتنعقد أي المفاوضة على الوكالة والكفالة وإن لم يصرح بهما فإن ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكره أي وكالة كل منهما عن الآخر في نصيب الآخر
وكفالة كل منهما الآخر أما انعقادها على الوكالة فليتحقق مقصود الشركة وقوله على ما بينا يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيتحقق الاشتراك في الربح وأما الكفالة
فلتحقق المساواة التي هي مقتضى المفاوضة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما بسبب ما هو من أفعالها وما أشبهه مما هو تجارة وما يشتريه
كل واحد منهما يكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم فيختص به مع ذلك يكون الآخر كفيلاً عنه حتى كان لبائع الطعام والكسوة له ولعياله وإدامهم أن يطالب
الآخر ويرجع الآخر بما أدى على الشريك المشتري بخلاف ما لو اشترى أحدهما جارية للوطء بإذن شريكه فإنه يختص بها على ما سيأتي في آخر الشركة إن شاء الله
وإنما اختص بذلك ولم يقع على الشركة استحساناً بالضرورة فإن الحاجة الراتبة معلوم وقوعها أي المستمرة من قولهم رتب الشيء إذا دام وسنذكر ترتيبه
أي ثم يصح اشتراكه فيه وصار لا يمكن إيجاب نفقة عياله على صاحبه فكان مستثنى ضرورة والقياس وقوعه على الشركة لما بينا من أن مقتضى العقد المساواة
ثم كفالة كل للآخر إنما هي فيما هو من ضمان التجارة أو ما يشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار إن شاء أخذ المشتري منه بدينه وإن شاء أخذ
به شريكه وضمان التجارة كثمن المشتري في البيع الجائز وقيمته في الفاسد وأجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة وما يشبه ضمان التجارة
ضمان غصب أو استهلاك عند أبي حنيفة أو وديعة أو جحدها أو استهلكها وكذا العارية لأن تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد له تملك الأصل فيصير
في معنى التجارة ولو لحق أحدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كأرش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص عن عمد وليس
أن يحلف الشريك على العلم إذا أنكر الشريك الجاني بخلاف ما لو ادعى على أحدهما بيع خادم فأنكره فللمدعي أن يحلف المدعى عليه على الثبات ويحلف
على العلم لأن كل واحد لو أقر بما ادعاه المدعي لزمهما بخلاف الجناية لو أقر أحدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة في الاستحلاف وصورة الخلع ما لو عقدت امرأة
شركة مفاوضة مع رجل أو امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت ببدل الخلع أو الزمه أحد الشريكين وهو أجنبي **قوله** وإن كفل

ولو كانت بغير امره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المفاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رح لانه معاوضة انتهاء **قال** فان ورث احدهما مالا يصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح راس المال اذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الاخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليس بشرط فيه ولانه في حكم الابتداء لكونه غير لازم

احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يلزم صاحبه لانه اي الكفيل متبرع ولهذا لا تصح الكفالة من الصبي والعبد الماذون والمكاتب ولهذا ايضا لو صدر اي عقد الكفالة من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار كالاقراض فاذا اقرض احدهما من مال التجارة لانسان لا يلزم الشريك وانما اقتصر على صدور عقد الكفالة في المرض لان المريض لو اقر بكفالة سابقة على المرض لزمت في كل المال بالاجماع لان الاقرار بها يلاقي حال بقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما نذكره فنخرج الاقرار وكون الاقراض لا يلزم الشريك ولو اخذ فيه سفتجة هو قول محمد وظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح قال بعضهم قال ابو يوسف رح لا يجوز نسبه في الايضاح عبارة الايضاح نقلها في النهاية وغيرها بكمالها قال الضمين يعني القرض لشريكه في هذا المال او لم يجز وقياس قول ابي يوسف يضمن المقرض من حصة شريكه قال وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة فعند ابي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك كذا المقرض وعند ابي حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل في حكم المقرض ولابي حنيفة رح انه اي عقد الكفالة عقد تبرع ابتداء معاوضة بقاء كالهبة بشرط العوض لانه اي الكفيل المدلول عليه بالكفالة يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤديه عنه اذا كفل بامره فيلزم شريكه بعد ما لزم عليه فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره والوجه ان يقول ممن ذكراه يعني الصبي والعبد الماذون والمكاتب لا يبعد ان يكون مبنيا للمفعول بلا ضمير او انه سقط من قلم الكاتب الياء والالف وهذا لان الكفالة في الابتداء تبرع فلا تتصور تمامها معاوضة لان التمام بناء على الابتداء وقد يقال ان الكفالة تلاقي الذمة والذمة في الماذون كالمشترك بينه وبين المولى حتى يصح اقرار المولى عليه في الذمة بقدر قيمته فلم يلاق الكفالة حقه بخلاف الحر البالغ لانها لاقت حقه فصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشريك لان لزومها ليس الا في حالة البقاء لانا انما نقول يلزم شريكه بعد ما لزم الكفيل بخلاف الكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وبقاء اذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيئا في ذمته من المال قوله بخلاف الاقراض فانه اعارة محضة ابتداء وانتهاء لا معاوضة والا كان بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فتكون لتسليم مثل الدراهم والدنانير المقروضة حكم عينها لا حكم البدل ولهذا لا يصح فيه التاجيل اي لا يلزم ان يجري على موجب التاجيل في الاعارة والقرض والالزام الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل على ان عن ابي حنيفة رواية الحسن في القرض انه يلزم الشريك بناء على شبه المعاوضة بلزوم المثل فلنا ان نمنع **قوله** ولو كانت الكفالة بغير امره اي امر المكفول عنه لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة انتهاء ايضا اذ لا تمكن من الرجوع عليه وقوله في الصحيح يشير الى خلاف المشائخ وما ذكره المصنف مختار الفقيه ابي الليث وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه وعامة المشائخ اجروا على الاطلاق ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بامره او لا **قوله** وضمان الغصب الاستهلاك وكذا ضمان المخالفة في الوديعة والعارية والاقرار بهذا الاشياء فلزم شريكه ولا معنى لتخصيص المصنف ابا حنيفة بها لان في ضمان الغصب والاستهلاك محمد مع ابي حنيفة في انه يلزم شريكه وفي الكفالة مع ابي يوسف كما نقله الفقيه ابو الليث لابي يوسف فيهما لانه ضمان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا يحتمل الشركة ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة ولهذا صح اقرار الماذون به عبدا كان او صبيا حرا وكذا المكاتب يؤاخذ به في الحال ثم هو بدل مال تصح فيه الشركة لانه انما تجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للتملك كذا الملك للمغصوب والمستهلك بالضمان اذا كان كذلك كان كل من المتعاوضين ملتزما ضرره ونفعه وفي الكافي في الاعارة والرهن نظير الكفالة خلافا وتعليلا ووجه كونها معاوضة انتهاء انه يهلك الرهن في يد المرتهن يرجع المعير على الراهن بقدر ما سقط من دينه ولو اقر احد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز شهادته له

فان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا يصح فيه الشركة فلا يشترط المساواة فيه

لم يلزم الآخر عند ابي حنيفة وبانه عندهما واصله ان الوكيل لا يملك العقد مع مولاه عنده خلافا لهما وسيأتي ان شاء الله تعالى قوله وان ورث احدهما

مالا يصح فيه الشركة فقبضه بطلت المفاوضة وصارت عنانا وكذا اذا وهب له فقبضه او تصدق به عليه او اوصى له به او زادت قيمته رأس مال

احدهما البيض على رأس الآخر السود اذ ما يزول الشراء على ما قدمنا كل ذلك اذا وصل الى يده صارت عنانا ولو ورث ما لا يصح فيه الشركة كالعقار والعروض ونحوها لا تبطل المفاوضة وكذا باقي الاشياء

التي ذكرنا وانما بطلت لفوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة اذ هي اي المساواة شرط صحتها ابتداء وبقاء وانما كان شرطها ابتداء وانتهاء شرط بقائها لكونها اي عقد الشركة

عقد غير لازم فان احدهما بعد العقد لو اراد فسخها فسخها واورد عليه كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لان لبقائها حكم الابتداء وان الاجارة عقد لازم

حتى لا ينفرد احد المتعاقدين فيها بالفسخ بل يجبر الآبي الممتنع على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا تبقى بموت احد المتعاقدين

تبين ان كون العقد لدوامه حكم الابتداء يتحقق مع كونه لازما كما مع كونه غير لازم اجيب بان القياس في الاجارة ان يكون غير لازمة كما هو مصرح

لكون المعقود عليه معدوما في الحال فهو كالعارية لكنه لما كان عقد معاوضة واللزوم اصل في المعاوضات تحقيقا للنظر من الجانبين

بموت احدهما لا باعتبار ان لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوت المستحق لان الدار تنتقل الى ملك الوارث بموت المستأجر فالمستحق لزم

ارث المنفعة المجردة اذ هي لا تورث ولهذا لو مات الموصى له بخدمة العبد بطلت الوصية ولا تنتقل الى ورثته لان المنفعة المجردة لا تورث وان

وان كانت الوصية لازمة ولا بأس ان نذكر فروعا من شركة العين اوقبل ذكرها في الكتاب مر رجلان ان يشتري عبدا بعينه وبينه فذهب فاشترى

واشهد انه اشتراه لنفسه جاعة فالعبد بينهما لانه وكيل من جهة الآخر بشراء نصف العبد فلا يقدر ان يعزل نفسه بغير حضور الموكل وعلى هذا اذا

اشتركا على ان ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة في ذلك اليوم الا بحضور الآخر لان كلا منهما

وكيل لصاحبه ولو اشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل ان يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآمر

فكذلك في الشركة ولو امره ان يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المأمور فالعبد بين الآمرين

نصفين ولا شيء للمشتري فيه لان الاول وكله بشراء نصفه له وقبل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه وكذا لغيره لانه انما يملك شراءه لنفسه

ولما امره الثاني ان يشتريه بينهما فقد امره بشراء نصفه له فينصرف الى النصف الآخر لان مقصوده هنا يصح هذا العقد وقد قيل لا يمكن تصحيحه الا بذلك

ولو اشترى رجل عبدا فقبضه فطلب اليه آخر ان يشركه فيه فاشركه فله النصف بنصف مثل الثمن الذي اشتراه به وهذا بناء على ان مطلق الشركة يقتضي التسوية قال ان لقيه

فهم شركاء في الثلث الا ان يبين خلافه ولو اشترك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهم اثلاثا ولو اشترى اثنان عبدا فاشركا فيه آخر فالقياس ان

يكون له نصفه ولكل من المشتريين ربعه لان كلا منهما ملكه نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد وفي الاستحسان له ثلثه لانهما حين اشركاه ساواه

بانفسهما وكان كانه اشترى العبد معهما ولو اشركه احد الرجلين في نصيبه ونصيب الآخر فاجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه

وهو على ما روى ابن سماعة عن ابي يوسف ان احد الشريكين اذا قال لرجل اشركتك في هذا العبد فاجاز شريكه كان بينهم اثلاثا لان الاجازة

في الانتهاء كالاذن في الابتداء وكذا لو اشرك احدهما في نصيبه ثم اشركه الآخر في نصيبه كان له النصف ولو قال احدهما اشركتك

في نصف هذا العبد فقد روى ابن سماعة عن ابي يوسف كان ملكا جميع نصيبه منه بمنزلته ولو قال اشركتك في نصفه الا ترى ان المشتري لو كان

واحدا فقال لرجل اشركتك في نصفه كان له نصف العبد كقوله اشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال اشركتك في نصيبي فانه لا يملك الا نصف نصيبه

فصل ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك رح تجوز بالعروض والمكيل والموزون اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على راس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما راس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراء احدهما شيئا بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد رح لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد باعيانهما على ما عرف اما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة وروي عن ابي يوسف مثل قول محمد والاول اقيس واظهر وعن ابي حنيفة رح صحة المضاربة بها قال ولا تجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح راس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح راس المال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانهما وان خلقا للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا يصرف الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالهما ثمنا فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح راس المال

ملكا بيع نصيبه باقامة حرف في مقام حرف للبائع فانه لو قال اشركتك نصيبي كان بيعا قلنا انما كان له نصف نصيبه واعلم ان صحة الشركة فيما ذكرنا كلها تبتني على صيرورة المشتري مالكا لان الاشراك يستفاد
الملك فانبنى عليه ان من اشترى عبدا ثم اشرك فيه آخر قبل القبض لم يجز لانه بيع ما لم يقبض كما لو ولاه اياه ولو اشركه بعد القبض ولم يسلمه اليه حتى هلك لم يلزمه ثمن لان هلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم
يبطل البيع وليعلم انه لا بد من قبول الذي اشركه عبده لان لفظ اشركتك صار ايجابا للبيع ولو قال اشركتك فيه على ان تنقد عني الثمن ففعل كانت
شركة فاسدة لانه بيع وشرط فاسد وهو ان ينقد عنه ثمن نصفه الذي له ولو نقد عنه رجع عليه بما نقد لانه قضى دينه بامره ولا شيء له في العبد لان الاشراك كان فاسدا والبيع
الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا ولو قبض نصف المبيع ثم اشرك فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لا نصف النصف الذي قبضه لان الاشراك يقتضي
التسوية وانما يصح اذا انصرف اشراكه الى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه لان تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ وقضية اللفظ اشراكه في كله
ولو قال رجل لآخر انا اشتري هذا العبد فقد اشركك فيه صاحبه او قال صاحبه فيه شريك له فهو جائز لان كلا منهما موكل لصاحبه بان يشتري نصف العبد له
فايهما اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه فاذا قبضه فهو كقبضهما لان يد الوكيل كيد الموكل ما لم يمنعه حتى لو مات كان من مالهما فان اشترياه معا
او اشترى احدهما النصف قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان بينهما لتمام مقصود كل منهما ولو نقد احدهما كل الثمن في هذه الصورة ولو بغير
امر صاحبه رجع بنصفه عليه لان بالعقد السابق بينهما صار كل منهما وكيلا عن الآخر في نقد الثمن من ماله كما لو اشتراه احدهما ونقد الثمن فاذا اذن
كل منهما لشريكه في بيعه فباعه احدهما على ان له نصفه كان بائعا نصيب شريكه بنصف الثمن ولو باعه الا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين
شريكه نصفين في قياس قول ابي حنيفة رح وفي قولهما البيع على نصف المامور خاصة وبناه على فصلين احدهما ان عند ابي حنيفة الوكيل ببيع العبد يملك بيع
نصف ذلك النصف وعندهما لا يملك والثاني ان من قال بعتك هذا الا نصفه بالف كان بائعا للنصف
بالف ولو قال بعتك بالف على ان لي نصفه كان بائعا للنصف بخمسمائة لان الكلام المقيد بالاستثناء عبارة عما وراء المستثنى فكانه قال بعتك نصفه
بالف فاما قوله على ان لي نصفه فاصل ثم نفسه لي المشتري فيما باعه منه وهذا وان كان في ملكه لكنه اذا كان مفيدا يصح كما في شراء رب المال مال المضاربة
من المضارب فكان كالمشتري هو مال نفسه مع المشتري فيقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري **مسئلة**
اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعاه مساومة بثلثمائة او بمائتين فالثمن بينهما نصفان ولو باعاه مرابحة بربح مائة او بالعشرة
احد عشر كان الثمن بينهما اثلاثا لان الثمن في بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر الملك في المحل دون الثمن الاول اما بيع المرابحة والتولية والوضيعة فمبناها
الثمن الاول الا يرى انه لا تستقيم هذه البيوع في المغصوب لعدم الثمن وتستقيم بيع المساومة فيه وكذا لو اشترى بعوض لا مثل له والثمن الاول كان الملك بينهما
ملكه الثاني توضيحه انا لو اعتبرنا في بيع المرابحة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الاول كان البيع مرابحة في حق احدهما ووضيعة في حق الآخر وقد نصا على بيع المرابحة
في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الاول كذلك بخلاف المساومة الكل في المبسوط

فصل لما ذكر اشتراط المساواة في راس المال في شركة المفاوضة احتاج الى بيان ما تصح به فقال لا تنعقد الشركة اي شركة المفاوضة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة يعني لا تنعقد
المفاوضة اذا ذكر فيها المال الا بذلك وانما قلنا هذا لانه ذكر في المبسوط ان المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فيصح قولنا المفاوضة
تنعقد في الوجوه والتقبل بلا مال ويصدق بعض المفاوضة ينعقد بلا دراهم ودنانير وفلوس وهو يناقض لا تنعقد المفاوضة الا بالدراهم الخ لان الايجاب
الجزئي يناقض السلب الكلي والتقييد بما ذكر يخرج الدين والعروض وهو قول احمد والشافعي في وجه وفي وجه يجوز بالعروض المثلي وقال مالك تجوز

ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب لا تجوز فيه بينهما قبل الخلط ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول ابي يوسف رح والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد رح تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف رح لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله

بالعروض اذا اتحد جنسهما وقال الاوزاعي وحماد بن ابي سليمان يجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع التفاضل فيهما يرجع كل بقيمة عرضه عند العقد وكما لا تجوز بالعروض لا يجوز ان يكون راس المال احدهما عرض والآخر دراهم او دنانير ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء وتقدم انه لو دفع الى رجل الفا وقال اخرج مثلها واشتر بها والربح بيننا فما ربحت فهو بيننا ففعل صح الا انه لا بد ان يقيم البينة انه فعل ليلزم الآخر اذا انكر العقد فقد ثبت ومنه وقيد بالدراهم والدنانير لاخراج التبر فلا يصلحان راس مال الشركة الا فيما سنذكر ولما الفلوس النافقة فلم يذكر القدوري والحاكم ابو الفضل في الكافي فيهما خلافا بل اقتصر على ان قال لا تجوز الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس وخص الكرخي الجواز بالفلوس على قولهما وبعضهم جعل ظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف لانها انما صارت ثمنا باصطلاح الناس وليس ثمنا في الاصل وهم لم يتعاملوا ان يجعلوها راس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول ابي يوسف رح الاول وقال المصنف والعيني التاتارخانية هذا قول محمد واستدل عليه بمسئلتين احدهما ان الفلوس لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين اذا كان بعينهما عند محمد خلافا لهما وسيأتي الوجه والتقييد بعينهما احتراز اما لو باع فلسا بفلسين بغير عينها فانه لا يجوز اتفاقا لان حرمة النساء تثبت باتحاد الجنس وهو قول مالك ان الجنس اذا كان متحدا فقد عقدت على راس مال معلوم فكانت كالنقود بخلاف المضاربة حيث لا يجوز الا بالنقود لانها شرعت على خلاف القياس لما فيها من ربح ما لم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه فيقتصر على مورد الشرع ولنا ان راس مال الشركة في العروض والمكيل والموزون يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل منهما عرضه واتفق تفاضل الثمنين فما يستحقه احدهما من الزيادة على حصته راس ماله الذي هو ثمن عرضه ربح ما لم يملكه ولم يضمنه بخلاف النقود فان كل واحد ثم وكيل عن صاحبه في الشراء بماله والمشترى كل منهما لا يتعلق براس المال لعدم التعيين فيكون واجبا في ذمته فربحه ربح ما ضمنه فان قيل هذا الا يلزم لانه لا يشترط في العرضين لا تحد جنسهما كيلين او موزونين او غيرهما متحدا القيمة كثياب للكرباس من مائة واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وحبة مثلا فاذا باعا جملة في وقت ملاحظ السعر من ذلك لم يعلم ان حدوما بيع من الآخر وقبضه المشتري تساويان بل الظاهر انهما متفاوتان فيلزم اختصاص احدهما بزيادة وربح لزيادة ملكه والخلاص عنه ليس الا بضبط قدر ملكه وهو مجهول فتؤدي الى تعذر الوصول الى قدر حقه وربح الآخر ما لم يضمن لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن ولا يفيد ان العلم بالقيمة فيؤدي الى المنازعة فيه وهذا انما يلزم لو اعتبر راس المال قيمة العروض اما اذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطاه فيه فلا تنازع فلم اللازم ربح ما لم يضمن وتعذر ما يدفعه ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع الانسان ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراؤه شيئا بماله على ان يكون الآخر شريكا فيه يجوز وعلمت ان الخلط لا ينفي ذلك وجه قول محمد ان الفلوس اذا كانت نافقة تروج رواج الاثمان فالتحقت بها ولابي حنيفة وابي يوسف ان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة فانها باصطلاح الناس لا بالخلقة فنفي كل ساعة يتقي باتفاق الخلقة وتصير ثمنا بالاصطلاح القائم ولا يخفى ان هذا انما هو في الملاحظة اما في الخارج فهي ثمن مستمر ما استمر الاصطلاح عليها ولهذا قال الاسبيجابي الصحيح ان عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لانها صارت ثمنا باصطلاح الناس ولهذا لو اشترى شيئا بفلوس بعينها لم تتعين تملك بفلوس حتى لا يفسد العقد بهلاكها قال المصنف وعن ابي يوسف مثل قول محمد والاول اقيس واظهر لان قوله مع ابي حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين وعن ابي حنيفة جواز المضاربة بها وعلى ما ذكر في مبسوط الاسبيجابي يجب ان يكون قول الكل بناء على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كما ذكرناه وفي النهاية حيث قال ولا يجوز الشركة بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بها كالتبر وهو غير المضروب والنقرة وهي القطعة المذابة

ولهما أنه ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من حيث أنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين بخلاف العروض لأنها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما في العروض وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء

منها ونقل المصنف اختلاف الرواية في ذلك رواية الجامع لا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب وفضة ومراده التبر فعلى هذا التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح راس مال للشركات والمضاربات وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم فعلى هذا تصلح راس مال فيهما وهذا لأنهما خلقا ثمنين ثم قال إلا أن الأول أصح يعني رواية لأنهما إنما خلقا للتجارة لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص فخرج ضربها حليا فإنها تتعين بالتعيين وينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم ولم يجز التعامل بها ثم قال إلا أن يجري التعامل بها أي بالتبر والنقرة استثناء من قوله الصحيح وهو كونها لا تصح الشركة بها فكان الثابت أنهم إذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صلحت رأس مال في الشركة والمضاربة ثم قال المصنف قوله أي القدوري لا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط لأنها عروض محضة لكل منهما ساعده وعليه وضيعته ويختص بربحه وكذا إن خلطا ثم اشتركا عند أبي يوسف أي لكل منهما ساعده بخلطه بربحه وضيعته لانتفاء شركة العقد أو وضيعة خسارة التجارة يقال منه مبنيا للمفعول وضع التاجر ووكس في سلعته أي خسر ووضيعة أي خسر وقال قوم من العرب وضع أي وضيعة كوجل يوجل وعند محمد تصح شركة عقد إذا كان المثلي جنسا واحدا وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط التساوي في الربح فعند أبي يوسف لا يصح وعند محمد يصح ثم هو قول أبي يوسف هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة لأنه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا فلا يصلح راس مال وإلا يصح راس مال الشركة لأنه يتفاوت فيه الحال حين الخلط وعدمه كما أن ما يصح من النقود لا يتفاوت في الخلط وعدمه وهذا لأن المانع قبل الخلط هو كونه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقرر لأن المخلوط لا يكون إلا متعينا فيتقرر المعنى المفسد فكيف يكون مصححا للعقد قوله ولمحمد أنها أي المكيل والموزون والعددي المتقارب عروض من وجه حتى تتعين بالتعيين ثمن من وجه حتى يصح الشراء بها دينا في الذمة وهو من حكم الأثمان فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين حال الخلط وما قبله فقبل الخلط لا تجوز الشركة بها قبولا لشبه الثمن بعد وبعده فتجوز الشركة بها بعده وهذا لأن الخلط ثبت شركة الملك فتتأكد بها شركة العقد بخلاف العروض المحضة فإنها ليست ثمنا بحال وظاهر الرواية في الأول وحاصله أن المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيئا غير العرض الشبه به بل هو عرض محض وإن ورد في العرضية في الجملة وكون الشيء مما صالح في حقوقه له شبها أخرى لا يقال له شبها وغايته أن الثبوت في الذمة عرض عام محقق في المبيع في المفسد وهو ربح ما لم يضمن لا ينتفي بالخلط وملازم قول مالك وقد بينا ولو كان المخلوط جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن ثم خلطا لا تجوز الشركة بالاتفاق والفرق لمحمد بين هذا العقد لعينه الذي في متفق الجنس حيث يجوز والمختلفين حيث لا يجوز أن ما من جنس واحد من ذوات الأمثال حتى لو تلف يضمن بالمثل فيمكن تحصيل رأس مال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل والمخلوط من جنسين من ذوات القيم حتى يلزم متلفه قيمته فتتمكن الجهالة إذ لا يمكن أن يحصل كل منهما إلى غير حقه من راس المال وقت القسمة كما في العروض

قوله فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء لم يتقدم تفصيل إلا في كتاب الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تأويله أنه بينه في غيره إلا أنه خلاف المعتاد من المصنف في الإطلاق هذه العبارة والحاصل أن الخلط إذا تعدى الضمن نصيب المخلوط له إذا خالطه بجنسه وبخلاف جنسه ولا تمييز كشيرج رجل خالطه بزيت غيره أو تمييز بعد كحنطة خلطها بشعير لأنه انقطع حق مالكه ما يستند إلى الخلط فإن هذا الخلط استهلاك بخلاف ما يتيسر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجبا للضمان لأنه يتمكن المالك من الوصول إلى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخالط سواء كان أجنبيا من المخلوط له كغير المودع وغير من في عياله كبيرا كان أو صغيرا أو كان في عياله فإن لم يضمنه الخالط لتعذر الانتقال إلا أن يكون إنما أخذ المخلوط وأعطى صاحبه مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لأن الحق لهما فإذا تراضيا بذلك صح وإن طلب بيع المخلوط وقسمة الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على ما يذكره من أن يضرب صاحب الحنطة بقيمتها مخلوطة بالشعير وصاحب الشعير بقيمته غير مخلوط بالحنطة لأن الحنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت في البيع بهذه الصفة فلا يضرب قيمتها إلا بالصفة التي بيعت بها والشعير

قال وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة قال وهذه شركة ملك لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتأويله إذا كان قيمة متاعهما على السواء ولو كانت بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما يثبت به الشركة

يزداد قيمته باختلاطه ولكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة فلا يستحق أن يضرب بها صاحب الشعير فيضرب بقيمة الشعير غير مخلوط وقيل هذا الجواب أي التقسيم على قول أبي يوسف ومحمد ورواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لأن المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين التضمين مثل ما كان له على ما عرف من مذهبه أن الخلط استهلاك للخالط يملك المخلوط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في دينهما لما فيه من الحجر عليه وأبو حنيفة لا يرى ذلك والأصح أنه قولهم جميعا لأن ملكهما وإن انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق لثبوت تسلط كل منهما إلى بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان فلبقاء حقهما يكون لهما أن يتوصلا إلى حقهما من المخلوط صلحا بالتراضي أو بيعا وقسمة الثمن فإن اتفقا على الخلط ورضيا به وهو جنس واحد مكيل أو موزون صار عينا مشتركة فإذا باعاه انقسم على قدر ملك كل منهما ولو كان المخلوط غير مثلي كالثياب فباعاها بثمن واحد انقسم على قيمة متاع كل منهما يوم باعا لأن كلا منهما يملك ثمن متاعه ويدخل في العقد من العوض مقسم عليهما باعتبار القيمة وإن كانا جنسين مثليين فالثمن بينهما إذا باعا على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطاه مخلوطا لأن الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ذلك لكل منهما وملك كل منهما كان معلوما بالقيمة وقت الخلط فيعتبر ملكه بقيمته لكن مخلوطا إن لم يزدد بالخلط قيمة أحدهما لأنه دخل في البيع بتلك الصفة فإن كان أحدهما يزيد بالخلط خيرا فإنه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط مثلا قيمة الشعير تزداد إذا اختلط بالحنطة وقيمة الحنطة تنقص فصاحب الشعير يضرب بقيمته غير مخلوط لأن الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به وصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطة بالشعير لأن النقصان حاصل بفعل هو راض به وهو الخلط وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب إلا بذلك القدر وقد طعن عيسى رحمه الله في الفصلين جميعا فقال قوله في الفصل الأول إنه يعتبر قيمته يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقسمون غلط بل الصحيح تقسيم الثمن على قيمة كل منهما يوم البيع لأن استحقاق الثمن به وصار كما لو لم يخلطاه وباعا الكل جملة فإن قيمة الثمن على القيمة يكون وقت البيع إلا أن يكون قيمته يوم البيع ويوم الخلط والقسمة سواء ورده شمس الأئمة بأن معرفة قيمة الشيء بالرجوع إلى قيمة مثله في الأسواق وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع فإذا تعذر هذا وجب المصير إلى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما كما في جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما ما في بطنها فهو ضامن لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصار إلى معرفته في أول الأوقات التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة فكذا هنا يصار إلى معرفة قيمة كل في أول الأوقات الممكن وهو عند الخلط إلا أنه إذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص من مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار أن عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الأمثال فيجعل حق كل منهما يوم الخلط كالباقي في المثل إلى وقت القسمة فيقسم الثمن على ما هو حق كل منهما بخلاف ما إذا لم يخلطا لأن تقوم ملك كل منهما وقت البيع هناك يمكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع **قوله** وإذا أراد الشركة في العروض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فيصير شركة ملك ثم عقد الشركة مفاوضة أو عنانا فقيل هذا على قياس قول محمد في المكيل والموزون وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز إلا أن يكون مضافة إلى حال بيعهما العروض بالدراهم فإنه يجوز لأنه مضاف إلى المستقبل والعقد يحتمل الإضافة لأنه عقد توكيل فإنما تثبت العقد بالدراهم والحق أن جواز هذا لا يخص بقول واحد منهما وقد تواردت كلمة أهل المذهب عليه وهذا لأن المانع من كون رأس مال الشركة عروضا كل من أمرين لزوم ربح ما لم يضمن وجهالة رأس مال كل منهما عند القسمة وكل منهما منتف فيكون كل ما يربحه الآخر ربح ما هو مضمون عليه ولا يحصل جهالة في رأس مال كل منهما لأنه لا يحتاج إلى معرفة رأس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون

قال وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي أن يشترك اثنان في نوع بز او طعام او يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعراض يقال عن له اي اعرض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ ويصح التفاضل في المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي لا يجوز لان التفاضل فيه يؤدي الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر رأس المال ولان الشركة عندهما في الربح للشركة في الاصل ولهذا يشترطان الخلط فصار ربح المال بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك في الاصل ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق واهدى او اكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا تبطل باشتراط العمل عليهما قال ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست بشرط فيه

بالجزء فتقع الجهالة لانها مستدامة لان في المال شيئا كان فيه بالضرورة لكون كل ما يحصل من الثمن بينهما نصفان على هذا القول المعروف وهذا الشركة ملك فشكل ومن المشايخ من جزم بانه قصد الى الخلاف حقيقة اختيارا منه لعدم الجواز وان لم يضعه على طريق الخلاف كما قال القدوري في اول الكتاب ويستحب للمتوضئ ان ينوي الطهارة فقال المعنى النية في الوضوء سنة ولم يضع الخلاف وضعه المعروف وكذا اختار شمس الائمة السرخسي عدم جواز الشركة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض ليس لذات العروض بل للازم وهو ربح ما لم يضمن وجهالة رأس مال كل منهما الباطل وعلمت انه منتف **قوله** واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع من التجارات بز او طعام او يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة لانها خاصة بالمفاوضة فعلى هذا لو ذكراها وكانت باقي شروطها متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها وان لم تكن متوفرة ينبغي ان تنعقد عنانا ثم هل تبطل الكفالة يمكن ان يقال تبطل لان العنان معتبر فيها عدم الكفالة ويمكن ان يقال لا تبطل لان المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عنانا ثم كفالة كل للآخر زيادة على نفس الشركة كما انها تكون عنانا مع العموم باعتبار ان الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم الا انه قد يدفع بان هذه الكفالة لمجهول فلا تصح الا ضمنا فاذا لم تكن مما تتضمنها الشركة لم يكن ثبوتها الا قصدا فلا يصح بخلاف ما لو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بان ذكرا كل مقتضياتها فان منها الكفالة وتصح لان هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للمفرد الداخل في مفهومه الكفالة بخلاف العنان ليس المفرد معتبرا في مفهومه الكفالة **قوله** من عن له كذا اي عرض قال امرؤ القيس * فعن لنا سرب كان نعاجه * عذارى دوار في ملاء مذيل * اي عرض لنا سرب اي قطيع يريد به من بقر الوحش كان نعاجه عذارى اي ابكار ودوار هو اسم صنم كانت العرب تنصبه وتدور حوله وبضم الدال وفتحها وقوله في ملاء تشبيه لنعاج البقر في استرخاء جلودها وسمنها بالعذارى والملاء المذيل اي الطويلات الذيل وهذا الاشتقاق لا يقتضي مساواة بل عروض غرض تعلق ببعض من الاختلاط قليلة وكثيرة وعمومه وقيل ماخوذ من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائي والاصمعي فانه جعل كل منهما عنان التصرف في بعض ماله لرفيقه وبعضه لنفسه او يجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولا وقصرا في حالتي الارخاء وضده الا انه اشتقاق غير صحيح الا فيما سمع ولا عبرة به كما في استحجر الطين واشباهه **قوله** ويصح ان يتساويا في رأس المال ويتفاضلا في الربح وعكسه بان يتفاضلا او يتساويا في رأس المال ويتفاضلا في الربح وهو قول محمد وقال مالك والشافعي وزفر لا يجوز وقوله يتفاضلا في الربح ليس على اطلاقه بل ذلك فيما اذا شرطا العمل عليهما سوية عملا او عمل احدهما او شرطاه على من شرطا له زيادة الربح وان شرطا العمل على اقلهما ربحا لا يجوز وجه قول زفر انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لان استحقاق احدهما تلك الزيادة بلا ضمان لان الضمان بقدر رأس المال وصار كالوضيعة فانها لا تكون الا على قدر رأس المال اعتبارا للربح بالخسران ولنا ما ذكر المشايخ من قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين لم يعرف في كتب الحديث وبعض المشايخ ينسبه لعلي رضي الله عنه ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق واكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل ولانه اي هذا العقد اي شركة العنان يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال غيره وهو الشريك ويستربح به ويشبه شركة المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة في اشتراط الزيادة لاحدهما وهو الذي شرط عمله منفردا او مع الآخر وان كان ربحا بلا ضمان وبشبه المفاوضة حتى اجزنا شرط العمل عليهما وكون المضاربة تفسد باشتراط العمل على رب المال ولم نعمل باعتبار شبهها الآخر الذي باعتباره اجزنا الزيادة في الربح لاحدهما بخلاف ما لو شرط كل الربح لاحدهما فانه لا يجوز لان العقد يخرج عن الشركة والمضاربة

[illegible]

ايضا الى قوله ان شرط للعامل كان اقرضه المال فيستحق جميع ربحه والى البضاعة ان شرط الرب للمال لما نريد التقدم من ان المضاربة على خلاف القياس
فلا يقاس عليها فلا يعتبر شبهها الا ان يمنع ويقال بل الربح يستحق في الشرع تارة بالعمل تارة بالمال والمشروط الزيادة مشروط له وان شرط العمل للاكثر
لكن قد يكون ذلك حذق واقوى الخ قوله والتفاضل اي تفاضل المالين لا تقتضي المساواة ولا ينبئ عنه ليعتبر في مفهومه فلهذا اجازنا العقد بالكل بعض مالهما ويجوز ان كان
من جهة احدهما دنانير ومن الاخر دراهم ويجوز بدراهم سود من جهة احدهما وبيض من جهة الاخر وان تفاوتت قيمتهما والربح على ما شرطا فيه تساويا او تفاوتا
على قدر قيمة دراهمهما بالشرط الذي بيناه قوله واذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة وكذا لو هلك احد المالين قبل الخلط وقبل الشراء هلك من مال صاحبه وحده
سواء هلك في يد مالكه او يد شريكه لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التمييز وتبطل الشركة اما الاول فلان مال كل واحد منهما
قبل الشركة وقبل الخلط باق على ملكه واما بطلان الشركة فلان المعقود عليه في عقد الشركة هو المال لانه يتعين بالتعيين في الشركة كالهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف
المضاربة والوكالة المفردة لا يتعين المال فيهما بالتعيين وانما يتعين بالقبض حتى لو اشترى الوكيل مثل ذلك المال في ذمته كان مشتريا للموكل
حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله اما لو هلك قبل الشراء فانما يبطل العقد لان
الموكل لم يرض بكون الثمن دينا في ذمته فلا تبطل المضاربة والوكالة المفردة بهلاك المال احترز بالمفردة عن الوكالة الثابتة في ضمن الشركة فانها تبطل ببطلان
الشركة وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه اي الشريك الذي لم يهلك ماله لم يرض بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه هو ايضا في ماله تبقية
بقائه فاذا فات ذلك ظهر وقوع ما لم يكن راضيا به من عقد الشركة فيبطل العقد لعدم فائدته وهو الاشتراك فيما يحصل قوله فان اشترى احدهما بماله ثم هلك مال الاخر
فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع مشتركا لقيام الشركة وقت الشراء لان الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيختص المشتري بالمشترى فلا يتغير الحكم
حكم الشركة بهلاك مال الاخر بعد ذلك ثم الشركة الواقعة في هذا المشترى بعد هلاك مال الاخر شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد فانها شركة ملك عنده
حتى لا ينعقد بيع احدهما الا في نصيبه وجه قوله ان شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كما لو هلكت قبل الشراء ثم هلك للاخر ولم يبق الا حكم ذلك الشراء وهو
الملك فيلزم الفساد الملك لعدم ما يوجب زيادة عليه ولمحمد ره وعليه الفتوى ان هلاك مال احدهما اذا وقع بعد حصول المقصود بعد الشراء بالمالين ولذا وقع
المشترى على الشركة يرجع على شريكه بحصته من الثمن لانه اشترى نصفه له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه قريبا هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين
ثم هلك المال الاخر اما اذا هلك احدهما ثم اشترى الاخر فان صرحا بالوكالة في عقد الشركة بان قالا عند عقد الشركة على ان يشتري كل منهما بماله يكون مشتركا بيننا كما صور في المبسوط فالمشترى
مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فيكون شركة ملك لهذا جمع في المبسوط بين التفصيل الواقع في جواب المسئلة حيث
قال محمد ره في بعض المواضع فان المشترى بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه وفي بعضها اذا اشترى الاخر ماله بعد ذلك يكون بينهما فجعل محل الاول اذا لم تذكر
في الشركة وكالة مصرح بها ومحل الثاني اذا صرحا بها على ما ذكره وقوله لما بيناه يريد قوله لانه وكيل فيه من جهته الخ قوله ويجوز اي الشركة وان لم يخلط المال
به قال مالك واحمد رح الا ان مالكا شرط ان يكون تحت يدهما بان يكون في حانوت او في يد وكيلهما وقال زفر والشافعي لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يكون
الفرع على الشركة الا والاصل على الشركة وذا اي الشركة في الاصل على معنى الاشتراك بالخلط لما سلف من ان معناها الاختلاط والخلط على ما حققناه فلا تتحقق
شركة بلا خلط وقد اتفقنا على ان المعتبر في كل عقد شرعي ما يقتضي اسمه قال المص ره يعني كون الربح فرع المال اصل كبير لهما حتى تفرع عليه اعتبار اتحاد الجنس
فلا تجوز الشركة اذا كان لاحدهما دراهم وللاخر دنانير ولا اذا كان لاحدهما بيض وللاخر سود لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يتميز مال احدهما عن الاخر ولا يجوز

ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل **قال** ولا يجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة **قال** ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ولان له ان يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا **قال** ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فتتضمنها وعن ابي حنيفة رحمه الله انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره باجر بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله **قال** ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله

التفاضل في الربح مع التساوي في المال لاختلاف الشركة في الاصل والفرع ولا شركة في التقبل لان الاعمال لعدم المال **قوله** ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال حاصل تقرير الشارحين ان الربح يضاف الى التصرف في المال وهو العلة والى العقد الذي هو علة التصرف والحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة وانت تعلم ان الاضافة الى علة العلة بطريق المجاز فان الحكم بالذات انما يضاف الى علته لما عرف ان لا اثر للعلة البعيدة في الحكم وحقيقة الاضافة اولى بالاعتبار من مجاز ما في حكم يبتني على الاضافة وانما وجه التقرير المراد ان الربح المستحق شرعا لكل من الشريكين في مال الآخر ليس مضافا الا الى العقد الشرعي الذي به حل تصرفه في مال غيره لا الى نفس المال ولا التصرف فيه لان اضافة الربح الى التصرف في المال مبنى على انه الكسب عن التصرف فيه وليس هذا بمفيد لنا اذ هو معلوم وانما حاجتنا الى ثبوت حل الربح لكل منهما ولا شك ان حله انما يضاف الى العقد الشرعي لا التصرف فان نفس التصرف في المال وان كان مأذونا فيه شرعا لا يوجب حل الربح للمتصرف كما في المبضع والوكيل بالبيع فلم يحل الا بعقد الشركة متحققا فيه معنى اسمه فيه لان هذا العقد الشرعي يسمى شركة فيتحقق معناه بالجيده شرعا وهو الشركة في الربح والتصرف معا الا ان احدهما عن الآخر ليكون علة لعلته بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة حله والكلام ليس الا فيه فاذا كان كذلك فلا يتوقف الاسم على خلط المال لان المال للعقد شرط لتحققها خارج عنه ثم قال المصنف ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان يعني الشراء بهما فيه الربح حتى جاز ان يدفع غيرهما فلم يكن الربح مستفادا بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط بل بالتصرف واذا ظهر تحقق الشركة بلا خلط تحققت في المستفاد بدونه اي بدون الخلط فصار كالمضاربة تتحقق الشركة في الربح بلا خلط فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا تبطل بهلاك المال قبل الشراء لوجود المال وقت العقد لانه العقد في المحل قلنا انما بطلت لعارض آخر وهو ان هلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه يبطله كهلاك المبيع قبل القبض فاذا كان الاصل هو العقد لا المال لم يشترط اتحاد الجنس ولا التساوي في رأس المال ولا في الربح وصح شركة التقبل **قوله** ولا يجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح قال ابن المنذر لا خلاف في هذا لاحد من اهل العلم ووجه ما ذكره المصنف بقوله لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لاحدهما على ذلك التقدير واشتراطه لاحدهما يخرج العقد من الشركة الى قرض او بضاعة على ما تقدم **قوله** ونظيره في المزارعة يعني اذا شرط لاحدهما قفزانا مسماة بطلت لانه عسى ان لا يخرج الارض غيرها **قوله** ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة من المشاركين ولان له ان يستأجر على عمل التجارة والتحصيل للربح بغير عوض دونه وانه اقل ضررا فاذا ملك ما هو اكثر ضررا ملك ما هو اقل والظاهر ان لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء وخبره الظرف **قوله** وكذا له ان يودع لانه معتاد ولا يجد التاجر بدا منه في بعض الاوقات والمضايق وقوله يدفعه مضاربة لانها دون الشركة لان الوضيعة في الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة وعن ابي حنيفة برواية الحسن انه ليس له ذلك لانه نوع شركة في الربح والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة في الربح غير مقصودة فانما المقصود تحصيل الربح فصار كما اذا استأجره باجرة ليعمل له بعض عمال التجارة بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمة الشريك بخلاف الشركة فان احد الشريكين لا يملك ان يشارك غيره في مال الشركة لان الشيء لا يستتبع مثله واورد عليه المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن لعبده واقتداء المتوضئ والمتنفل بمثلهما والناسخ مثل المنسوخ فاجيب بان كل ذلك ليس بطريق الاستتباع بل باطلاق التصرف مطلقا وكذا الاقتداء ليس بطريق الا متبوعه لعلا بل تلك مبنية عليها وحقيقة الناسخ مبين لا غير على ما ليس من ان تحقق فيما لا يسير وكل من احد ان تشتري النسبة وان الشركة في

قال ويد ... المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة

استحسانا وليس لاحد شريكي العنان ان يرهن او يرتهن عينا من مال الشركة بدين من التجارة عليهما الا برضا صاحبه بخلاف المفاوض لان له ان يرهن ويرتهن على الآخر
فان رهن في العنان متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما لم يجز على شريكه فان هلك الرهن في يده وقيمته والدين
سواء ذهب بحصته ويرجع على شريكه بحصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك
الرهن في يده كالاستيفاء وكذا اذا باع احدهما فليس للآخر قبضه وللمديون ان يمتنع من دفعه اليه فان دفع اليه برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر وليس لاحد
منهما ان يخاصم فيما اداه الآخر او باعه والخصومة للذي باع وعليه الا ان يوكله فان آخره لم يمض على الآخر وكذا لا يمضي اقرار احدهما بدين في تجارتهما الا ان
فان اقر وانكر الآخر لزم المقر جميع الدين ان كان هو الذي وليه لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلا كان او مباشرا وان اقر انهما ولياه وانكر الآخر
لزمه نصفه ولو اشترى احدهما شيئا فوجد به عيبا لم يكن للآخر ان يرده لان ذلك من حقوق العقد ولو اخذ احدهما مالا مضاربة اختص بربحه لان مال المضاربة
ليس من مال الشركة وعلى هذا لو شهد احدهما لصاحبه بشيء ليس من شركتهما فهو جائز بخلاف المفاوض في جميع ذلك ومعنى اقراره عليه شاركه شركة عنان
ويمضي على الآخر بخلاف شريكي العنان ويجوز قبض كل من المتفاوضين ما اداه الآخر او دانا او وجب لهما على رجل من غصب وكفالة وغير ذلك
او يرد بعيب اشتراه الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما على صاحبه وتقام عليه البينة ويستحلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم
من هذا اول الباب قوله ولكل من شريكي العنان ان يوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من اعمال التجارات والشركة انعقدت لها
بخلاف الوكيل صريحا بالشراء ليس له ان يوكل به لانه عقد خاص طلب به شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله وكل ما كان لاحدهما ان يعمله فاذا نهاه شريكه
عنه لم يكن له عمله فان عمله ضمن نصيب شريكه ولهذا لو قال احدهما اخرج الى دمياط ولا تجاوزها فجاوز فهلك المال ضمن حصة شريكه لانه نقل
حصته بغير اذنه وكذا لو نهاه عن بيع النسيئة بعد ما كان اذن له فيه **قوله** ويده اي يد الشريك مطلقا في المال يد امانة لانه قبض المال لا على وجه البدل
والوثيقة فيكون امانة بخلاف المقبوض على سوم الشراء فانه قبضه على وجه اعطاء البدل فيكون مضمونا بخلاف الرهن فانه مقبوض للتوثق به فيضمن
بذلك الدين واذا كان مقبوضا على الوجه الذي ذكرنا صار كالوديعة وكان امانة واعلم ان جميع الامانات اذا مات تنقلب مضمونة بالموت مع التجهيل
الا في مسائل احدها اذا مات احد المتفاوضين ولم يبين حال الذي كان في يده لا يضمن لشريكه نصيبه والآخر في السير اذا اودع الامام بعض الغنائم
في دار الحرب قبل القسمة عند بعض الجند فمات فنذكر الثالثة في الوقف ان شاء الله تعالى **فرع** في اختلاف المتفاوضين قد علم انه ليس لاحد المتفاوضين
ان يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركتهما ولو ادعى على آخر انه شاركه مفاوضة فانكر والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه
وعلى المدعي البينة لانه يدعي العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر فان اقام البينة فشهدوا انه مفاوضه ولم يزيدوا على هذا او قالوا المال الذي في يده
من شركتهما او قالوا هو بينهما نصفان قضي للمدعي بنصفه لان الثابت بالبينة كالثابت بالاقرار وجميع ما ذكر مقتضاه انقسام ما في يده فيقضى بذلك
فلو ادعى الذي في يده المال بعد ذلك ان هذا العين لي ميراثا مما في يده واقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند ابي يوسف لان ذا اليد صار
مقضيا عليه بنصف ما في يده وبينة المقضي عليه في اثبات الملك لا تقبل الا ان يدعي تلقي الملك من قبل المقضي له كما لو كانت الشهادة مفسرة
ولو ادعى ذو اليد شيئا في يده انه له خاصة وهبه شريكه منه حصته واقام البينة على الهبة والقبض قبلت لانه ادعى تلقي الملك منه ولو ادعى انه
مفاوضه والمال في يد المدعى عليه فاقر فقضي عليه ثم ادعى عينا مما كان في يده ميراثا او هبة واقام بينة قبلت والفرق لابي يوسف ان ...

قال وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان هذه شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال على اصلهما على ما قررناه ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف اصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر رحمهما الله فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يؤدي الى ربح ما لم يضمن بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز الا في المضاربة

شرط المفاوضة مع الميراث ولا منافاة بينهما وقد اثبت دعواه بالبينة وفي الاول ذو اليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه الاكثر اه ولو لم يكن اقام البينة في صورة الانكار لم يستحلف خصمه واذا مات احد المتفاوضين والمال في يد الحي فادعى الورثة المفاوضة وجحد الحي ذلك فاقاموا البينة بذلك لم تقبل لهم الشيء فيما في يد الحي لانها شهدت بالعقد علما ان الفاعل لا انتقاض للمفاوضة بموت احدهما ولانه لا حكم فيما شهدا به في المال الذي في يده في الحال لان المفاوضة فيما مضى لا توجب ان يكون المال الذي في يده في الحال من شركتهما الا ان يقيموا انه كان في يده في حيوة الميت وانه من شركتهما فانهم ح شهدوا بان النصف للميت وورثته خلفاؤه ولو كان المال في يد الورثة فجحدوا الشركة فاقام الحي البينة على المفاوضة وانه ان اباهم مات وترك هذا ميراثا من غير ابيهما لم تقبل منهم لانهم جاحدون فانما اقيمت على المدعي وقد اثبت المدعي الشركة فيما في ايديهم فيقضى له بنصفه ومع شمس الائمة ان هذا لو لم يجحدا ولو قالوا مات ابونا وترك ميراثا لابينا واقاموا البينة على هذا لا تقبل في قول ابي يوسف وتقبل في قول محمد كما لو كان المتفاوضان حيا فاقام البينة على ذلك بعدما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة فاذا افترق المتفاوضان فاقام احدهما البينة ان المال كله كان في يد صاحبه وان قاضي بلده كان قضى بذلك عليه وسموا المال وانه قضى به بينهما نصفين فاقام الآخر بينة في ذلك من ذلك القاضي بعينه او غيره فان كان من قاض فابدوا اعلم تاريخ القضائين اخذ بالآخر وهو رجوع عن الاول لقضائه وان لم يعلم وكان القضاء من قاضيين لزم كلا منهما القضاء الذي انفذه عليه لان كلا منهما صحيح ظاهرا فيحاسب كل صاحبه بما هو عليه وهذا ان افضل **قوله** واما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل وشركة الابدان وشركة الاعمال كالخياطين والصباغين ويشتركان في ان يتقبل كل الاعمال ونحو الصباغ والخياط البقال ان ذلك ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا وقال الشافعي لا يجوز لانها شركة لا تفيد مقصودها اي المقصود منها وفي بعض النسخ مقصودهما بالتثنية اي الشريكين وهو التثمير اي الربح لانه لا بد في الربح من اصل المال لانه يبتنى عليه على ما قررنا من الخلاف في عدم اشتراط الخلط ولنا ان المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل يجوز بالعمل ايضا كما مر فجاز بالتوكيل بان يوكل كل الآخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل اصيلا في نصف العمل المتقبل ووكيلا في نصفه الآخر فتتحقق الشركة في المال المستفاد عن ذلك العمل فان عملا استحق كل فائدة عمله وهو كسبه وان عمل احدهما كان للعامل معينا للشريك فيما لزمه بتقبله عليه وهو جائز لان المشروط مطلق العمل لا عمل المتقبل بنفسه او وكيله بنفسه الا ترى ان نحو الخياط يتقبل الثياب من العملاء ويدفعها الى غيره فيطيب له الاجرة ومن صورة هذه الشركة ان يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس ان لا يجوز لان من احدهما العمل ومن الآخر الحانوت واستحسن جوازه لان التقبل من صاحب الحانوت عمل **قوله** ولا يشترط فيه اي في جواز هذه الشركة اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك واورد عليه انه قدم في اشتراط الخلط ان من ثمراته عدم جواز شركة التقبل وهو ينافي اشتراطه نصبهما اتحاد العمل والمكان اجيب بان عن زفر في جواز شركة التقبل روايتان ذكر هنا في المبسوط تفريع رواية المنع على شرط خلط المال وذكر هنا شرطه في تجويزها ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله لان المعنى المجوز لشركة التقبل من كون المقصود تحصيل الربح لا يتفاوت بين كون العمل في دكانين او دكان وكون الاعمال من جنسين او جنس فلا وجه لاشتراط شرط بلا دليل يوجبه **قوله** ولو شرطا العمل نصفين يعني التساوي في العمل والربح اثلاثا جاز لان الشرط كون المشروط له مشروطا عليه العمل وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الضمان هنا انما هو بقبول العمل ولا مال فعقدت الشركة عليه فزيادة الربح لاحدهما ربح ما لم يضمن فلم تجز كما لم تجز شركة الوجوه مع شرط التفاضل في ربح ما يباع مما اشتري بالوجوه ولما كون التفاضل يجري فيما اذا شرط التفاوت في ملك المشتري فان اشتركا على ان ما اشتراه كل يكون للآخر ثلثه

قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر ويبرأ الدافع بالدفع اليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها
استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا ترى ان ما يتقبله
كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل قال واما شركة الوجوه
فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا سميت بها لانه لا يشتري بالنسيئة الا من كان له وجاهة عند الناس وانما تصح
مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا اطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل قال
وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او بولاية ولا ولاية فيتعين الوكالة فان شرطا ان المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك ولا يجوز ان يتفاضلا فيه
وان شرطا ان يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او العمل او بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل
على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر
الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها

فينبغي فيقسم الربح على قدر ملكهما لذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح قلنا المأخوذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لان حقيقة الربح انما يكون
عند اتحاد جنس المبيع وما به الاسترباح وهو هنا مختلف لان رأس المال عمل والربح مال فانما يقال الربح مجازا وانما هو بدل عمله والعمل يتقدر
بالتقدير ان يجب بالتراضي فما قدر لكل هو ما وقع عليه التراضي ان يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا اذا كان احدهما احذق في العمل واهدى وعلى هذا اتجه ما علا
لبعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لاكثرهما عملا وصححوا الجواز لان الربح العمل لا بحقيقة العمل ولذا لو مرض احدهما او غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح
بينهما بلا خلاف نعلمه وقوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق فان الربح بدل ما هو المال فيتحقق بالتفاوت في الربح ربح ما لم يضمن وهو لا يجوز الا في المضاربة
على خلاف القياس هذا وقول المصنف لم يجز العقد وصار كشركة الوجوه يعطي ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة والوجه ان تبطل الزيادة وتقبل المستحق
مثل الاجر فانه نص في شركة الوجوه التي شبهها بها على ذلك في شرح الطحاوي فقال وينبغي ان يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وان شرطا خلاف
الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان لصاحب الثوب
ان يأخذ الشريك بعمله وللشريك الذي لم يتقبل العمل ان يطالب رب الثوب مثلا بالاجرة ويبرأ الدافع بدفع الاجرة اليه فان كان انما عقد
الذي تقبله قال المصنف هذا وهو ضمان كل منهما عمل ما تقبله الآخر ومطالبة كل بأجرة الآخر وبراءة الدافع اليه الاجرة ظاهر فيما اذا عقد شركة الصنائع مفاوضة
وفي غيره وهو فيما اذا اطلقا الشركة او قيداها بالعنان استحسان فلا فرق في ثبوت هذه الامور بين المفاوضة والعنان فيها والقياس خلاف ذلك
لان الشركة وقعت مطلقة واذا وقعت مطلقة انصرفت الى العنان فلم تثبت المفاوضة الا بالنص عليها او على معناها وبهذا علمت ان لا فرق
بين اطلاق الشركة والتنصيص على جعلها عنانا في ان المنعقد عنان والكفالة تقتضي المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة اعني شركة الصنائع
مقتضية للضمان في القدر الذي ذكرنا لانها تضمنت توكيل تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الآخر ولذا استحق من الاجر
بعض ما يسمى الآخر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى هذا العقد عنانا وان كان مجرى المفاوضة في ضمان العمل عن الآخر واقتضاء البدل وان لم
تتقبل ضرورة بخلاف ما سوى هذين الامرين هو فيها على مقتضى العنان ولذا لو اقر احدهما بدين من امر الصناعة كثمن صابون او صبغ او تبريز
للعمل عن عملهم او اجرة بيت او كان بمدة مضت لا يصدق على صاحبه الا ببينة لان نفاذ الاقرار على الآخر موجب المفاوضة ولم يثبتا عليها
ثلاثة لم يعقد وابينهم شركة تقبل فتقبلوا اعمالا ثم جاء احدهم فعمله كله فله ثلث الاجرة ولا شيء للآخرين لانهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم
ثلث العمل لان المستحق على كل منهم بقدر ثلث الاجر فاذا عمل الكل كان متطوعا في الثلثين فلا يستحق الاجر قوله واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان
ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما اي بجاههما وجاههما والبيع بينهما لان الجاه مقلوب الوجه لما عرف غير ان الواو انقلبت حين وضعت موضع العين
للموجب لذلك لما كان وزنه فعل وانما تكون مفاوضة بان يكونا من اهل الكفالة والمشترى بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساويا في
الربح ويتلفظا بلفظة المفاوضة او يذكرا مقتضياتها كما سلف فيتحقق الوكالة والكفالة في الابدال اي للاثمان والمبيعات وان فات شيء مما
ذكرنا كانت عنانا لان مطلق عقد الشركة ينصرف اليه لتبادره وزيادة تعارفه عملا ومنعها الشافعي ومالك والوجه من الجانبين تقدم في شركة
الاعمال ونقول صحة العقد باعتبار الوكالة وتوكيل كل من الآخر بالشركة على ان يكون المشترى بينهما نصفين او اثلاثا صحيح فكذا الشركة التي
تضمنت هذه الوكالة تقدم معنى الثاني غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة ان في شركة الوجوه لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان

فصل في الشركة الفاسدة ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المال المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل وان عمل احدهما واعانه الآخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين اجر المثل بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه

مع ان الربح في كل منهما من غير اصل فرق بان شركة العنان في معنى المضاربة من حيث ان كلا عامل في مال صاحبه بخلاف شركة الوجوه فصح اعمال شبه المضاربة في العنان في اجازة تفاوت الربح بخلاف الوجوه والحاصل ان شبه المضاربة انما جوزنا زيادة ربح احدهما في العنان باعتبار عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجوه احدهما عامل في مال الآخر وعلى هذا فلا سبيل الى الاستحقاق في المضاربة على خلاف القياس والا لم يجز الحاق غيره به بل نقول الربح يستحق شرعا باحد المعاني الثلاثة منها العمل وان كان فيه ربح ما لم يضمن للاستحقاق شرعا بالعمل في الاجارة وح يسقط اعتراض بعضهم بانه لو جاز ربح ما لم يضمن في العنان لشبهه بالمضاربة لصحت الشركة بالعروض في العنان ونحن انما لم نجوزها لادائها الى ربح ما لم يضمن لان في جعل راس مال الشركة عروضا ربح ما لم يضمن لا في مقابلة عمل المستحق في مال الآخر لانه يلزم من اول الامر عند بيع العروض متفاوتة الثمن فان قيل لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كما في الصنائع اجيب بانما يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا والله اعلم

فصل في الشركة الفاسدة اخرها عن الصحيحة لتقدم الصحيحة على الفاسدة ظاهر **قوله** ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وكذا الاحتشاش **قوله** والتكدي وسؤال الناس وما اصطاده كل واحد منهما واحتطبه واصابه من التكدي فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في كل مباح كاخذ الكلاء والثمار من الجبال كالجوز والتين والفستق وغيرها وكذا في نقل الطين وبيعه من ارض مباحة والجص او الملح او الثلج او الكحل او المعدن او الكنوز الجاهلية وكذا اذا اشتركا على ان يلبنا من طين غير مملوك او يطبخا آجرا ولو كان الطين مملوكا او سهلة الزجاج فاشتركا على ان يشتريا ويطبخا ويبيعا جاز وهو شركة الصنائع وكل ذلك جائز عند مالك واحمد لان هذه شركة الابدان كالصباغين وبه يقول ما روى ابو داود عن ابن مسعود قال اشتركنا انا وسعد وعمار يوم بدر فلم اجئ انا وعمار بشيء وجاء سعد باسيرين فاشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم اجيب بان الغنيمة مقسومة بين الغانمين بحكم الله فيمتنع ان يشترك هؤلاء في شيء منها بخصوصهم وفعله عليه الصلوة والسلام انما هو تنفيل قبل القسمة او انه كان قدر ما يخصهم وعلى قول بعض الشافعية ان غنائم بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم يتصرف فيها كيف شاء ظاهر **قوله** لان امر الموكل به اي باخذ المباح غير صحيح لعدم ملكه وولايته والوكيل يملكه اي يملك المباح بدون امر الموكل فلا يصلح الوكيل نائبا من الموكل لان التوكيل اثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل وهنا لم يوجد بهما فاذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة واستشكل بالتوكيل بشراء عبد بعينه فانه يجوز مع ان الوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده والجواب ان الوكيل ليس قادرا باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فهنا تثبت له ولاية ان يشغل ذمته بما بعد ان لم يكن يقدر عليه وحاصل هذا ان التوكيل بما يوجب حقا على الموكل يتوقف على اثبات الولاية عليه في ذلك والكلام في التوكيل بخلاف ذا وانما الوجه ان الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد اليه فاذا وكله فاستولى عليه سبق ملكه له ملك الموكل ولو قيل عليه هذا اذا استولى عليه بقصده لنفسه اما اذا كان بقصد ذلك لغيره فلم لا يكون لغيره يجاب بان الاطلاق نحو قوله عليه الصلوة والسلام الناس شركاء في ثلاث لا يفرق بين قصده وقصد **قوله** فان اخذاه جميعا يعني ثم خلطاه وباعاه قسم الثمن على كيل او وزن ما لكل منهما وان لم يكن وزنيا ولا كيليا قسم على قيمة ما كان لكل منهما وان لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد الى النصف لانهما استويا في الاكتساب وكان المكتسب في ايديهما فالظاهر انه بينهما نصفان والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الا ببينة لانه يدعي خلاف الظاهر وان اخذه واحد منهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل لوجود السبب منه وان عمل احدهما واعانه الآخر بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه احدهما وجمعه وحمله الآخر فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك **قوله** وقد عرف في موضعه يعني كتاب الشركة من المبسوط فانه ذكر فيه وجه قول كل منهما فوجه قول محمد ان المسمى مجهول اذ لم يدر اي نوع من الحطب

قال واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحبه صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه اجره وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره كما ان الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بينما اذا علم الشريك بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي والله اعلم

ليصيبان وقيل ليصيبان شيأ اولا والرضا بالمجهول لغو فسقط اعتبار رضاه بالنصف للجهالة وصار مستوفيا منافعه بعقد فاسد فله اجر مثله بالغا ما بلغ وابو يوسف يقول بقول محمد فيما اذا لم يصيبا شيأ وفيما اذا اصابا انه ان كان اجر مثله اكثر فهو قد رضي بما دونه من النصف وكونه مجهولا في الحال فهي بحاله على شرف الزوال فانه على عرض ان يصير معلوما عند الجمع والبيع بخلاف ما اذا لم يصيبا شيأ فان المسمى لا يمكن اعتباره والجهالة بالتفاحش حالا ومآلا فيجب اجر المثل بالغا ما بلغ وقوله لا يجاوز به بفتح الواو على البناء للمفعول وقوله نصف ثمن ذلك بالرفع لانه هو النائب عن الفاعل **فرع** لهما كلب فارسلاه فما اصاب بينهما ولو كان لاحدهما وارسلاه جميعا كان ما اصابه لمالكه **قوله** واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة اعلم ان الراوية في الاصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لانه يرويه وقيل رويت للقوم اذا استقيت لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهي الجلود الثلاثة المعمولة لنقل الماء فعلى الاول ان يكون لهذا جمل وللآخر بغل فاشتركا على ان كلا يؤاجره والكل واحد فما رزقوا فهو بينهما وذلك باطل لان حاصل معنى هذا ان كلا قال لصاحبه بع منافع دابتك ليكون ثمنه بيننا ومنافع دابتي على ان ثمنه بيننا ولو صرح به كانت الشركة فاسدة ثم ان اجراهما باجر معلوم صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الاجر على مثل اجر البغل ومثل اجر الجمل لان الشركة لما فسدت والاجارة صحيحة لانعقادها على منافع معلومة ببدل معلوم كان الاجر مقسوما بينهما كذلك كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين بخلاف ما لو اشتركا على ان يتقبلا الحمولات المعلومة باجرة معلومة ولم يؤاجرا البغل والجمل كانت صحيحة لانها شركة التقبل والاجر بينهما نصفان ولا يعتبر زيادة حمل الجمل على حمل البغل كما لا يعتبر في شركة التقبل زيادة عمل احدهما كالصباغين لاحدهما آلة الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الاعمال بهذه الآلة في ذلك البيت وان اجر البعير او البغل بعينه كان كل الاجر لصاحبه لانه هو العاقد فلو اعانه الآخر على التحميل والنقل كان له اجر مثله لا يجاوز به نصف الاجر على قول ابي يوسف بالغا ما بلغ على قول محمد وكذا لو دفع دابة الى رجل ليؤاجرها وما اجر الله بينهما نصفان فان الاجر كله لمالك الدابة وكذا في السفينة والبيت لما بينا ان تقديره انه قال بع منافع دابتي ليكون الاجر بيننا ثم الاجر كله لصاحب الدابة لان العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بامره وللعاقد اجر مثله لانه لم يرض ان يعمل مجانا بخلاف ما لو دفع اليه دابة ليبيع عليها الطعام على ان الربح بينهما نصفان فان الشركة فاسدة والربح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة اجر مثلها لان العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه اجر مثلها والربح للعامل وهو صاحب الطعام لانه كسبه وعلى الثاني ان يكون لهذا بغل وللآخر مزادة فاشتركا على ان يستقيا الماء فيها على البغل فالشركة فاسدة وهو ظاهر قول الشافعي رحمه الله وقال احمد الكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل المزادة ان كان صاحب البغل واجر مثل البغل ان كان صاحب المزادة وجمع المزادة مزاود ومزايد اما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو نقل الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه اجره **قوله** وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال كالف لاحدهما مع الفين للآخر فالربح بينهما اثلاثا وان كانا شرطا الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل منهما الف وشرطا الربح اثلاثا بطل شرط التفاضل ويقسم نصفين بينهما لان الربح في وجوده تابع للمال وانما طاب على التفاضل بالتسمية في العقد وقد بطلت ببطلان العقد فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال المؤكد له ونظيره البذر في المزارعة والريع الزيادة **قوله** واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة مفاوضة كانت او عنانا اذا قضي بلحاقه على الثبات حتى لو عاد مسلما لم يكن بينهما شركة وان لم يقض القاضي بلحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالاجماع فان عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه فهما على الشركة لو مات او قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف فان لم يقض القاضي ببطلانها حتى اسلم عادت المفاوضة

فصل وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الآخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المامور باداء الزكوة اذا تصدق على الفقير بعدما ادى الآمر بنفسه لهما انه مامور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمامور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعدما زال الاحصار وحج الآمر لم يضمن المامور علم اولا ولابي حنيفة رح انه مامور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل باداءه وعرى اداء المامور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي واما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار

فالهبات بطلت من وقت الردة واذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف بل تصير عنانا عند ابي حنيفة لا وعندهما تبقى عنانا ذكره الولوالجي وانما بطلت الشركة بالموت لانها تتضمن الوكالة اي شرطها ابتداء وبقاء وبها ضرورة فانها لا تتحقق ابتداء الا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ولا تبقى الولاية الا بابقاء الوكالة وبهذا التقرير اندفع السؤال القائل الوكالة تثبت تبعا ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الاصل وبطلانها بالالحاق لانه موت حكمي على ما بينا من قبل في باب احكام المرتدين ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما اذا علم الشريك بموت شريكه وعدم علمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الآخر على الشركة لانه عزل حكمي فان ملكه يتحول شرعا الى وارثه علم موته او لا فلا يمكن توقفه وقد تقدم انه شرع حيث نقل الملك بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة ومالها دراهم او دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي لانه نوع حجر فيشترط علمه دفعا للغرر عنه وتقييده بما اذا كان مال الشركة دراهم او دنانير لانه لو كان عروضا فلا رواية في ذلك عن اصحابنا وانما الرواية في المضاربة وهي ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فان كان مال المضاربة دراهم او دنانير صح نهيه غير انه يصرف الدراهم بالدنانير ان كان راس المال الشركة دنانير وعكسه فقط وان كان عروضا لم يصح فجعل الطحاوي الشركة كالمضاربة فقال لا تنفسخ وبعض المشايخ قالوا تنفسخ الشركة وان كان المال عروضا وهو المختار وفرقوا بين الشركة والمضاربة بان مال الشركة في ايديهما معا وولاية التصرف اليهما جميعا فيملك كل نهي صاحبه عن التصرف في ماله نقدا كان او عرضا بخلاف مال المضاربة فانه بعدما صار عروضا ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه **فرع** انكار الشركة فسخ وقوله لا اعمل فسخ حتى لو عمل الآخر كان ضامنا للقيمة نصيب شريكه وفي الخلاصة قال احد الشريكين لصاحبه انا اريد ان اشتري هذه الجارية لنفسي فسكت فاشتراها لا يكون له ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشتراها تكون له ثم انه فرق فقال ان الوكيل يملك عزل نفسه اذا علم الموكل رضي ام سخط بخلاف الشريك فان احد الشريكين لا يملك فسخ الشركة الا برضا صاحبه انتهى وهذا غلط وقدمنا انفراد الشريك بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكر في التجنيس فان احد المتفاوضين لا يملك تغيير موجبها الا برضى صاحبها وفي الرضا احتمال لعني اذا كان ساكتا والاذن بهما عدم وقوع المشتري على الاختصاص للشك وعلى هذا ما ذكر في الخلاصة في ثلاثة اشتركوا شركة صحيحة على قدر رأس المال فخرج واحد الى ناحية من النواحي للشركة فتارك الحاضران آخر على ان ثلث الربح له والثلثين بينهم اثلاثا ثلثا وللحاضرين وثلثه للغائب فعمل المدفوع اليه بذلك المال سنين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشيء فاقتسموا ولم يزل العمل معهم هكذا الى ان خسر المال او استهلكه فاراد الغائب ان يضمن شريكيه لا ضمان عليهما وعمله بعد ذلك رضا بالشركة لان هذا اخص من السكوت

فصل لما كانت احكام هذا الفصل بعدت عن الشركة اذ ليست من امور التجارة والا ستراح افرده بالفصل واخره **قوله** واذا اذن كل الخ وهي كما هي اذا حال الحول فحال فادى وقد ادى الآذن المالك ضمن الشريكه ما اداه علم باداء الاول او لم يعلم عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن ما لم يعلم باداءه كذا ذكره في كتاب الزكوة من المبسوط ونقل الولوالجي ان في بعض المواضع لا يضمن عندهما وان علم اداء المالك فقد في زيادات العتابي ان عندهما لا يضمن علم باداءه او لم يعلم وقال وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع مالا الى رجل ليكفر عنه فكفر الآمر بنفسه ثم كفر المامور وعلى هذا المامور باداء الزكوة وهذا الخلاف فيما اذا اديا على التعاقب فان اديا معا ضمن كل نصيب الآخر عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن ذكره في المبسوط وزيادات العتابي وعلل فيما نقل عن المبسوط بان زكوة كل منهما تقع باداءه بنفسه واداءه بنفسه يوجب عزل الوكيل ولا يخفى انه لا يفيد لانه بعد تسليم

قال وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لأنه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لأن الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله أن الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة إذ هما لا يملكان تغييره فأشبه حال عدم الإذن غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن بخلاف الطعام والكسوة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسألتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق لأنه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

كتاب الوقف

ان اداه تضمين عزل الوكيل فهو لا ينعزل الا بعد العلم والكلام فيه وجه قولهما في خلافية الكتاب ان اداء المامور لا يعمان مع الامر ولا يقال انما امره باداء مامور به لا القول ليس بنافي وسع الوكيل لان وقوعه زكوة متعلق بامر من جهة الموكل كنيته وانما ليس في وسعه الاداء ولهذا لو دفع الى رجل بهاد بنا عليه ثم ادى الدافع الدين لا يضمن اذا دفع ولم يعلم وصار ايضا كدم الاحصار اذا ذبح المامور بعد زوال الاحصار ولابي حنيفة انه مامور باداء الزكوة والمودى بعد ادائه زكوة فصار مخالفا وهذا لان الظاهر ان لا يلزمه الضرر يتخليص لماله الا لدفع الضرر الذي قد كان اداه فلما فات ذلك فصار باداء معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي لا يتوقف على العلم كالعزل بالموت كما ذكرنا آنفا واما الدم ثم بين المسئلتين فقيل يمنع تسليم ابي حنيفة الجواب فيهما بل قوله بالضمان فيهما وقيل بل هو على الاتفاق والفرق ان الدم ليس بواجب على الآمر المحصر لانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار او يترك الحج او لم يدركه ويتحلل بافعال الحج واما في مسئلة الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه واما مسئلة الدين فالفرق انه امره بدفع مضمون على الآخذ وذلك ثابت وان كان قد اداه لان حين القبض لم يكن فيه بل يدفع المال مضمونا على القابض ثم يصير القصاص بالضمان فصار قد وقع ولم يفت لامكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء وهي لم تقع عن قولهما ليس في وسعه ايقاعه زكوة فكان المامور به دفعه الى الفقير وقد فعل وكونه زكوة حكم الهي لما ان ضمانه مرتب موقوف على كون الامر صحيح به فيقع زكوة وهو ممنوع وقد قيل لما امره باداء الزكوة كان مامورا بما هو زكوة بالاداء وقد وقع المامور به فلما اذن حتى ادى لا يكون ما فعله سببا لوقوعه زكوة ولا يخفى ما فيه **قوله** ولو اذن احد المتفاوضين للآخر ان يشتري جارية ويطأها ففعل واشترى ودفع ثمنها من مال الشركة فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة وقالا يرجع عليه شريكه بنصف ما ادى لانه ادى دينا عليه من مال الشركة لان الملك فيها له خاصة كالطعام وله ان الجارية دخلت في الشراء على الشركة جريا على موجب المفاوضة اذ لا يملكان تغييره فكان كما لو اشتراها بلا اذن ثم الاذن له بالوطء تضمين هبة نصيبه منه اذ لا يحل الا في ملك ولا يمكن اثباته بالبيع لما بينا من عدم ملكهما تغيير مقتضى العقد ولما في التركيب لعدم تعيين الثمن فكان هبة وان كان شائعا واستشكل بانه لو ثبت الملك حكما للاحلال لكان قول الرجل للرجل احللت لك وطء هذه الامة تمليكا لها منه وهو منتف واجيب بالفرق بان الجارية المشتركة قبل تملك الشريك ليست من الجارية التي لا يملك لما طلب بالاحلال تمليكا ولذا كان احد الشريكين يملكها بالاستيلاد دون الاجنبي واما من لا حق له التملك كالاجنبي فنفسه غير محفوظة في تملك الجارية بالاحلال

كتاب الوقف

مناسبته بالشركة ان كلا منهما يراد لاستبقاء الاصل مع الانتفاع بالزيادة عليه الا ان الاصل في الشركة مستبقى في ملك الانسان وفي الوقف مخرج عنه الى الله تعالى ومحاسن الوقف ظاهرة وهي الانتفاع الدار الباقي على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين من الاحياء والموتى لما فيه من ادامة العمل الصالح كما في الحديث المعروف اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية الحديث ثم يحتاج الى تفسيره لغة وشرعا وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه ومحاسنه فهو لغة الحبس مصدر وقفت اقف حبست قال عنترة ٭ ووقفت فيها ناقتي وكانها ٭ فدن لاقضي حاجة المتلوم ٭ وهو واحد جاء على فعلته ففعل يتعدى ولا يتعدى ويجتمعان في قولك وقفت زيدا او الحمار فوقف واما اوقفته بالهمزة فلغة رديئة وقال ابو الفتح بن جني اخبرني ابو علي الفارسي عن ابي بكر عن ابي العباس عن ابي عثمان المازني قال يقال وقفت داري وارضي ولا يعرف اوقفت من كلام العرب ثم اشتهر المصدر اعني الوقف في الموقوف فقيل هذه الدار وقف فلذا جمع جمع افعال فقيل وقف واوقاف كوقت واوقات واما شرعا فحبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها او صرف منفعتها الى من احب

قال ابو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف يزول ملكه بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه

وعندهما حبسها على حكم ملك الله تعالى الخ وقد انتظم هذا بيان حكمه وسياتي تمامه فلا حاجة لافراده وهنا ايضا وانما قلنا او صرف منفعتها لان الوقف يصح لمن يحب من الاغنياء بلا قصد القربة وهو وان كان لا بد في آخره من القربة لشرط التابيد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الاغنياء بلا تصدق وسببه ارادة محبوب النفس في الدنيا ببر الاحباب وفي الآخرة بالتقرب الى رب الارباب جل وعز واما شرطه فهو الشرط في سائر التبرعات من كونه حرا بالغا عاقلا وان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا واما الاسلام فليس بشرط فلو وقف الذمي على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز ان يعطي لمساكين المسلمين واهل الذمة وان خص في وقفه مساكين اهل الذمة جاز ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم الا ان خص صنفا منهم فلو دفع القيم الى غيرهم كان ضامنا وان قلنا ان الكفر كله ملة واحدة ولو وقف على ولده ونسله ثم للفقراء على ان من اسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه وكذا ان قال من انتقل الى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك الخصاف فالعلم احد من اهل المذهب تعقبه غير شارح ليس الطرسوسي شنع بانه جعل الكفر سبب الاستحقاق والاسلام سببا للحرمان وهذا بعيد من الفقه فان شرائط الواقف معتبرة اذا لم تخالف الشرع والواقف مالك له ان يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية وله ان يخص صنفا من الفقراء دون صنف وان كان الوضع في كلهم قربة ولا شك ان التصدق على اهل الذمة قربة حتى جاز ان يدفع اليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا ان دفع الى صنف من صنف نهم كيف لا يعتبر شرطه في صنف دون صنف من الفقراء ارأيت لو وقف على فقراء اهل الذمة ولم يذكر غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين ولو دفع المتولي الى المسلمين كان ضامنا فهذا مثله والاسلام ليس سببا للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه لهذا المال والسبب هو اعطاء الواقف المالك وشرطه وقته ان يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعة مثلا فاذا خربت يكون للفقراء كان للفقراء ابتداء ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثا نص عليه الخصاف في وقفه ولم يحك خلافا ومعلوم خلاف ابي حنيفة في الوصية فانه انما شرط ان يكون قربة عندهم فقال صاحب المحيط الوقف كالوصية ولو انكر فشهد عليه ذميان عدلان في ملتهم قضى عليه بالوقف ولو وقف على ان يحج به او يعتمر لم يجز لانه ليس قربة عندهم بخلاف ما لو وقف على مسجد بيت المقدس فانه يجوز لانه قربة عندنا وعندهم واما المرتد فاذا وقف حال ردته ففي قول ابي حنيفة موقوف ان قتل على ردته او مات بطل وقفه وقول محمد اذا انتقل دينا يقر منه بالجزية لا يبطل ذلك لدين اما المرتدة فابو حنيفة يجيز وقفها لانها لا تقتل واما المسلم اذا وقف وقفا صحيحا في اي وجه كان ثم ارتد بطل الوقف ويصير ميراثا سواء قتل على ردته او مات او عاد الى الاسلام الا ان اعاد الوقف بعد عوده الى الاسلام وحكى الخصاف في وقف المرتد خلافا بين اصحابنا مبنيا على الخلاف في الذمي تزندق يهوديا او نصرانيا او مجوسيا قال بعضهم اقره على اختياره واقر الجزية عليه الا ان اخذته بالرجوع فانما ارده من كفر الى كفر ولا اسلم ذلك وقال بعضهم لا اقره على الزندقة واما الصابئة وان كانوا دهرية يقولون ما يهلكنا الا الدهر فهم صنف من الزنادقة وان كانوا يقولون بقول اهل الكتاب صح من وقفهم ما يصح من اهل الذمة وجميع اهل الاهواء بعد كونهم من اهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم اهل الاسلام الا ترى الى قبول شهاداتهم على المسلمين فهنا حكم باسلامهم واما الخطابية فانما لم تقبلوا لانه قيل انه يشهد بعضهم لبعض بالزور على من خالفهم وقيل لانهم يشهدون بصدق المدعي اذا حلف انه محق ومن شروطه الملك وقت الوقف حتى لو غصب ارضا فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع ثمنها اليه او صالح على مال دفعه اليه لا يكون وقفا لانه انما ملكها بعد ان وقفها هذا على انه هو الواقف اما لو وقف ضيعة غيره على جهات فبلغ الغير فاجازه جاز بشرط الحكم او التسليم او عدمه على الخلاف الذي سنذكره وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي وكذا لو وصى لرجل بارض فوقفها الموصى له في الحال ثم مات الموصي لا يكون وقفا وكذا

قال رحمه الله الوقف لغة هو الحبس يقول وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة رحمه الله حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده

لو باع ايضا على انه بالخيار الى وقت فقد منها المشتري فوقفها ثم اسقط البائع الخيار لا يجوز الوقف وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي وسياتيك

فروع اخر مبنية على هذا الشرط ومن شرطه ان لا يكون محجورا عليه حتى لو حجر القاضي عليه بسفه او دين فوقفت لرضا لا يجوز لان حجره ليما يحبس عن ملكه ليتضرر ارباب الديون او غيرهم كذا اطلقها الخصاف وينبغي انه اذا وقفها في الحجر للسفه على نفسه ثم لجهة لا تنقطع ان يصح على قول ابي يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل اذا حكم به حاكم هذا واما عدم تعلق حق الغير كالرهن والاجارة فليس بشرط فلو اجرها سنين فوقفها قبل مضيها لزم الوقف بشرطه ولا يبطل عقد الاجارة فاذا انقضت المدة رجعت الارض الى ما جعلها له من الجهات وكذا لو رهن ارضه ثم وقفها قبل ان يفتكها لزم الوقف فلا يرجع عن الرهن بذلك لو اقامت سنين في الرهن ثم افتكها تعود الى الجهة فلو مات قبل الافتكاك وترك قدر ما تفتك به افتك ولزم الوقف وان لم يترك وفاء بيعت وبطل الوقف وفي الاجارة اذا مات احد المتعاقدين بطل وتعين وقفا واما شرطه الخاص فالخروج عن الملك عند ابي حنيفة الاضافة الى ما بعد الموت وهو الوصية به او ان يلحقه حكم به وعند ابي يوسف لا يشترط سوى كون المحل قابلا وهو كونه عقارا او ما اشبهه وعند محمد ذلك مع كونه مؤبدا مسلما غير مشاع فيما يحتمل القسمة ومسلما الى متول فاما ركنه فالالفاظ الخاصة كان يقول ارضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين والخلاف في ثبوته بهذا اللفظ بعد شروطه ولا باس ان نسوق شيئا من الالفاظ كارضي هذه صدقة او قال تصدقت بارضي هذه على المساكين لا يكون وقفا بل نذرا يوجب التصدق بعينها فان فعل خرج من عهدة النذر والا ورثت عنه كمن عليه زكوة او كفارة فمات بلا ايصاء تورث عنه وموقوفة فقط لا يصح الا عند ابي حنيفة فانه يجعلها بمجرد هذا اللفظ وقفا على الفقراء وهو قول عثمان البتي واذا كان مفيدا لخصوص المصرف اعني الفقراء لزم كونه مؤبدا لان جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدر الشهيد ومشائخ بلخ يفتون بقول ابي يوسف ونحن نفتي بقوله ايضا لمكان العرف وبهذا يندفع رد هلال قول ابي يوسف بان الوقف يكون على الغني والفقير ولم يبين فيبطل لان العرف اذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم فلو كان موقوفة على الفقراء صح عند هلال ايضا لزوال الاحتمال بالتنصيص على الفقراء بخلاف قوله محبوسة او حبس لو كان في حبس مثل هذا العرف يجب ان يكون كقوله موقوفة وكذا اذا قال للسبيل ان تعارفوه وقفا مؤبدا للفقراء كان كذلك والا سئل فان قال اردت الوقف صار وقفا لانه محتمل لفظه او قال اردت معنى صدقة فهو نذر فيتصدق بها او بثمنها وان لم ينو كانت ميراثا ذكره في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء ان تعارفوه وقفا عمل به والا سئل فان اراد الوقف فهي وقف او الصدقة فهو نذر وهذا عند عدم النية لانه ادنى فاثباته به عند الاحتمال اولى واعترضه في فتاوى الخاص بانه لا فرق بينهما وذكر في احدهما اذا لم يكن له نية يكون ميراثا ولا يخفى ان كونه ميراثا لا ينافي كونه نذرا لان المنذور اذا مات الناذر ولم يوف بنذره يكون ميراثا الا انه اقتصر على تمام التفصيل في احديهما والا فلا شك ان في كل منهما اذا لم يكن له نية يكون نذرا فان مات ولم يتصدق به ولا نية يكون ميراثا ولو قال صدقة موقوفة فهلال وابو يوسف وغيرهما على صحته لانه لما ذكر صدقة عرف مصرفه وانتفى بقوله موقوفة احتمال كونه نذرا وكذا لو قال حبس صدقة وكذلك صدقة محرمة قيل ومحرمة بمنزلة وقف وهي معروفة عند اهل الحجاز بخلاف ما لو قال حبس او محبوسة موقوفة لانه ليس موقوفة فكان كالذي لفظ موقوفة وفي النوازل لو قال جعلت نزل كرمي وقفا وفيه ثمار او لا يصير الكرم وقفا وكذا لو قال جعلت غلته وقفا تصحيحا للكلام الا ان كان قال جعلت كرمي بما فيه وقفا وينبغي ان لا يدخل الثمن لما تذكر ولو قال صدقة موقوفة على الفقراء ينبغي ان لا يختلف فيه كما لو قال مع ذلك مؤبدا وهو موضع اتفاق مجيزي الوقف على انها العبارة الوافية الا ان قوله في الاسرار لو لم يقل مؤبدا كان وقفا على قول عامة

وهذا الملفوظ فى الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس
فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب

من يجيز الوقف يفيد ان فيه خلافا ولا يخفى فان التابيد ان يجعل فى اول الامر او آخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك قوله موقوفة لعدم
موقوفة قوله قال ابو حنيفة رح لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم اى بخروجه عن ملكه او يعلقه اى يعلق الوقف بموته فيقول اذا مت
فقد وقفت دارى على كذا وقال ابو يوسف رح يزول بمجرد القول الذى هو صيغة الوقف به وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف متوليا ويسلمه اليه بعد ذلك
وبه اخذ مشايخ بخارى واذا لم يزل عند ابى حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وحقيقته ليس
التصدق بالمنفعة ولفظ حبس الى معنى اله الا ان له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه كما لو لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الوقف الا مشيئة التصدق بمنفعته وله ان يترك
ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتا قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيئا وهذا معنى ما ذكر فى المبسوط من قوله كان ابو حنيفة رضه لا يجيز الوقف
وهو ما اراد المصنف بقوله وهو الملفوظ فى الاصل يعنى المبسوط ح فيقول من اخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند ابى حنيفة رح لا يجوز غير صحيح لان ظاهره لم يثبت
قبل الحكم حكم لم يكن له اثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم ان قوله لا يجوز ولا يجيز ليس المراد التلفظ بلفظ الوقف
بل لا يجيز الاحكام المتعلقة به ذكر حسبه انما احكام ذكر الوقف فلا خلاف اذن فابو حنيفة لا يجيز الوقف اى لا يثبت الاحكام التى ذكر
الا ان يحكم بها حاكم وقوله بمنزلة العارية لانه ليس حقيقة العارية لانه ان لم يسلمه الى غيره فظاهر وان اخرجه الى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفى لمنافعه
يثبت الوقف بالضرورة وصورته ان يوصى بغلة هذه الدار للمساكين ابدا او لفلان وبعده للمساكين ابدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة والوجه انها
كقوله اذا مت فقد وقفت دارى على كذا قال المصنف وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها الى الله تعالى على وجه تعود منفعته
الى العباد ولا يخفى انه لا حاجة سوى الى قولنا يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد لان ملك الله تعالى فى الاشياء لم يزل قط ولا يزال فالعبارة الجيدة قول
قاضى خان الا ان عند ابى يوسف ومحمد اذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا الى مالك فيلزم ولا يملك وهذا هو الاصح عند الشافعى واحمد وقال بعضهم
وللشافعى قول وهو رواية عن احمد ينتقل الى ملك الموقوف عليه ان كان اهلا للملك لا تمتنع السائبة وعند مالك هو حبس العين على ملك الواقف فلا
يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وذكر بعض الشافعية ان هذا قول آخر للشافعى واحمد لانه عم قال حبس الاصل وسبل الثمرة انتهى وهذا
احسن الاقوال فان خلاف الاصل والقياس ثابت فى كل من القولين وهو تحقق وجوده لا الى مالك ثبوت ملكه او ملك غيره مع منعه من بيعه
وهبته وكل منهما له نظير فى الشرع فمن الاول المسجد وغيره ومن الثانى ام الولد الملك فيها باق ولا تباع ولا توهب ولا تورث وكذا المدبر المطلق عندنا فكل
منهما يمكن ان يقع بالدليل ولا شك ان ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى
الباقى على ما كان حتى يتحقق المزيل ولم يتحقق فان الذى فى الحديث فى بعض الروايات تصدق باصله مع انه ليس على ظاهره والا لخروج الى ما
آخر تمام ما يحتج به لقوله ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها اى بالثمرة او الغلة وظاهره حبسها على ما كان فلم يخلص وليس يوجب الخروج عن الملك
وكذا المعنى الذى استدل به المصنف وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف يفيد لزومه لا غير والحاصل انه ثبت قوله عليه الصلوة والسلام لعمر تصدق
وقوله حبس الثمرة وهما مختلفان لان معنى تصدق باصلها ملكه الفقير لله سبحانه ومعنى حبس احبسه على ما كان ولا يمكن ان يراد بهما الا معنى احدهما والا
كان عليه الصلوة والسلام مجيبا لعمر فى حادثة واحدة بامرين متنافيين فاما ان يحمل حبس على معنى تصدق والاتفاق على نفيه اذ لا يقول واحد
من الثلاثة بملك الفقير للعين فوجب ان يحمل تصدق على معنى حبس هو قول ابى حنيفة رح فيحبس على الملك شرعا واذا حبس عليه شرعا امتنع بيعه وصورته

واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثمغ تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه ليصل ثوابه إليه على الدوام وقد أمكن دفع حاجته بإسقاط الملك وجعله لله تعالى إذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولأبي حنيفة قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيع الحبس

حكم الحاكم الذي به يزول الملك عندهما لسلمه إلى متول ثم يظهر الرجوع فيختصمان إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه قالوا فإن خاف الواقف أن يبطله قاض قبل أن يحكم به يكتب في صدقات البطلان وغيره قاض فهذه الأرض بأصلها وجميع ما فيها صدقة من فلان الواقف تباع ويتصدق بثمنها لأنه إذا كتب هذا الإجماع احد في إبطاله لعدم التأبيد لأن في ذلك الوصية تحتمل التعليق بالشرط وإذا أبطله قاض يصير وصية تعتبر من جميع ماله كذا في فتاوى قاضي خان وينبغي أن يكون هذا إذا وقف في صحته أما إذا وقف في مرضه فينبغي أن يعتبر من الثلث وعلى هذا التقدير فقد يكون في تنفيذه وبيعه فائدة للورثة محمد ما ذكرنا لم يكن وقف في المرض أو كان فيه لكنه يخرج من الثلث **قوله** واللفظ ينتظمهما أي لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه إذ ليس من مقتضياته لفظ وقفت وأرى أو حبستها خروجها عن الملك فيصدق مع كل منهما والترجيح أي ترجيح الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى أن الأدلة المذكورة من قبلهما إنما تفيد اللزوم لا الخروج عن الملك ومن جانبه تفيد نفي كل منهما فالدليل من الجانبين يفيد تمام المطلوب ثم أتبع دليلهما فذكر حديث ثمغ بفتح الثاء المثلثة المفتوحة بعدها ميم ساكنة ثم غين معجمة وذكر الشيخ حافظ الدين بالتنوين للعلمية والتأنيث وفي غاية البيان أنها في كتب غرائب الحديث المصححة عند الثقات منونا وغير منون كما في زعمه قال محمد بن الحسن في الأصل أخبرنا صخر بن جويرية عن نافع مولى عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب كانت له أرض تدعى ثمغ وقال كان نخلا نفيسا قال فقال يا رسول الله إني استفدت مالا وهو عندي نفيس فتصدقت به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته قال فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب وللضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى لا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يوكل صديقا غير متمول فيه وحديث عمر هذا في الصحيحين وما في الكتب الستة عن ابن عمر قال أصاب عمر أرضا بخيبر فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أصبت أرضا لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني به قال إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث في الفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف الحديث وفي بعض طرق البخاري فقال عليه الصلاة والسلام تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمره ثم استدل بالمعنى وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف لحاجته إلى أن يصل ثوابه إليه على الدوام وقد أشار الشيخ إلى إجمال ما يدفع هذه الحاجة فيما روى الترمذي بسنده إلى أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له والطريق إلى تحقيق دفع هذه الحاجة وإثبات هذه الصدقة الجارية اللازمة وتقرير المعنى أنه تحققت حاجته إلى استمرار وصول ثوابه وتمكن بإسقاط الملك فيسقط طابق الشرع إذ لم يتعين أن يكون سقوط الملك طريقا إلى تحقيقه بالحكم بلزومه فلم يلزم زوال الملك عن هذا المعنى ليتبع فيما رجحاه من الأقوال فيما مضى تم على تقدير أنه يحصل مطلوبه بلا أنه إذا ثبتت الدلالة على لزومه خرج عن ملكه بموافقتنا لهما في ذلك لاستفادة الشافعية رحمهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد نظير ما خرج عن ملك بالإجماع لا إلى مالك وكذا الإعتاق ويستجيب بالفرق بين المسجد والعتق ومطلق الوقف **قوله** ولأبي حنيفة ره قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله أسند الطحاوي في شرح معاني الآثار إلى عكرمة عن ابن عباس رض قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعدما نزلت سورة النساء وأنزل فيها الفرائض نهى عن الحبس وروى هذا الحديث الدارقطني وفيه عبد الله بن لهيعة عن أخيه وضعفوهما ورواه ابن أبي شيبة موقوفا على علي حدثنا هشيم عن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال قال علي لا حبس عن فرائض الله إلا ما كان من كراع أو سلاح وينبغي أن يكون لهذا الموقوف حكم المرفوع لأنه لا يدرك بالرأي ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال الاستثناء والانقطاع والشعبي لم يدرك عليا ورواية عنه في البخاري ثابتة وما قد

وكان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه
بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما
ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف
وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى قال رضي الله عنه قال في
الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه
لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشائخ

شريح فرواه ابن ابي شيبة في البيوع ثنا وكيع وابن ابي زائدة عن مسعر عن ابن عون عن شريح جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبيس واخرجه
البيهقي وشريح من كبار التابعين وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج بالمرسل **قوله** ولان الملك الخ ظاهره مصادرة لجعل الدعوى
جزء الدليل والاولى انه انما ذكر ليصل الدليل بالدعوى وتقريره ان حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى لغير الواقف و
تعلق حقوق العباد بالعين اثر ثبوت ملكهم فيها على ما هو الاصل فاما ان يكون ذلك لمالك لغير الواقف اوله واتفقنا على انه لا يكون ملكا لغيره من العباد
فيجب ان يكون ملكا للواقف وكذا الاستيضاح بنصب القوام وصرف غلاته بحسب الاصل يكون عن ملكه للعين الا ان يوجب موجب لا مرد له خروجه
عن ملكه وان تصرفه بولاية غير المالك لم يثبت ذلك ثم شرع في الفرق وحاصله ان المسجد جعل لله على الخلوص محرزا عن ان يملك العباد فيه
شيئا غير العبادة فيه وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق اجمعين اصله الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع به العباد بعينه زراعة وسكنى
وغيرهما كما ينتفع بالمملوكات وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما الحق المسجد بها وايضا قضيته كون الحاصل منه صدقة دائمة على الوقف
ان يكون ملكا باقيا اذ لا تصدق بلا ملك فاقتضى قيام الملك فاما الاعتاق فاتلاف للمملوك بالكلية وليس الوقف كذلك وجواب شمس الائمة
ان الآدمي خلق في الاصل غير مملوك وانما عرض فيه المملوكية وبالاعتاق يعود الى ما كان بخلاف ما سواه لانها خلقت لتملك فبالوقف لا تعود الى اصل
هو عدم المملوكية بل الى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيد ما اخترناه من عدم الخروج عن ملكه لكن ابا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم
لزومه صدقة او برا وليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من ام الولد والمدبر والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لان الاحاديث والآثار متظافرة
على ذلك قولا كما صح من قوله عليه الصلوة والسلام لا يباع ولا يورث الخ وتكرر هذا في احاديث كثيرة واستمر عمل الامة من الصحابة والتابعين
ومن بعدهم على ذلك اولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة ابي بكر ثم عمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت
وعائشة واسماء اختها وام سلمة وام حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن ابي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة بن عامر
وما روى الحميدي عبد الله بن الزبير رضي الله عنهم كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كلها بروايات وتوارث الناس اجمعون ذلك فلا يعارض
بمثل هذا الحديث الذي ذكره على ان معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامي ونحوه وبالجملة فلا يبعد ان يكون اجماع
الصحابة العملي ومن بعدهم متوارثا على خلاف قوله فلذا ترجح خلافه وذكر بعض المشايخ ان الفتوى على قولهما **قوله** واما تعليقه بالموت فالصحيح انه
لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم وان لم يخرج عن ملكه لانه بمنزلتها اذ لا يتصور التصرف فيه ببيع
ونحوه لما يلزم من ابطال الوصية وعلى هذا فله ان يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعد موته وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله
من جواز تعليق الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشرط وكذا اذا قال اذا مت من مرضي هذا فقد وقفت ارضي الخ فمات لم تصر وقفا ولها
بيعها قبل الموت بخلاف ما لو قال اذا مت فاجعلوها وقفا فانه يجوز لانه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لان الوقف بمنزلة تمليك
الهبة من الموقوف عليه والتمليكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر ونص محمد في السير الكبير ان الوقف اذا اضيف الى ما بعد الموت يكون باطلا ايضا عند
ابي حنيفة وعلى ما عرفت بان صحته اذا اضيف الى ما بعد الموت يكون باعتبار انه وصية قالوا لو قال داري هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتي صح
وله الرجوع لان الوقف بعد الموت وصية يصح الرجوع عنها اما لو قال ان قدم ولدي فعلي ان اقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء

ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزمه عند ابي حنيفة وعندهما يلزمه الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول الشافعي بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولي لانه حق الله تعالى وانما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة

فان وقفه على ولده وغيره مما لا يجوز دفع زكاة اليهم جاز في الحكم ونذره باق وان وقف على غيرهم سقط لان غيرهم ليس بمنزلة الفقير وتعيين الفقير لغو فلذا كان الواجب الثابت بالنذر بالوقف فيجاز على كل من ليس كنفسه فان قلت مبنى ان لا يصح النذر بالوقف لانه ليس من جنسه واجب قلت بل من جنسه واجب فانه يجب ان يتخذ الامام للمسلمين مسجدا من بيت المال او من مالهم ان لم يكن لهم بيت مال ولو قال ان شفيت ثم قال شئت كان باطلا لان التعليق بالمشيئة الا لو قال شئت وجعلتها صدقة صح بهذا الكلام المتصل بخلاف ما لو قال ان كانت هذه الدار في ملكي فهي صدقة موقوفة فظهر انها كانت في ملكه وقت التكلم فانها تصير وقفا لانه تعليق على امر كائن والتعليق على امر كائن تنجيز والمراد بالحاكم المولى لا المحكم فان الحكم فيه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يرفع الخلاف فللقاضي ان يبطل الوقف بعد حكمه قوله ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو كالوصية بعد موته حتى يلزم بعد الموت لان تصرفات المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف الى ما بعد الموت حتى يعتبر من الثلث والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يحكم به فيجوز ويورث عنه اذا مات قبل الحكم الا ان تجيز الورثة وعندهما يلزم الا انه من الثلث لتعلق حق الورثة كذا في الصحة وفي فتاوى قاضي خان مريض وقف وعليه دين محيط بالمال يباع ويتقضى الوقف كما لو وقف داره ثم جاء الشفيع كان له ان يأخذها بالشفعة وينقض الوقف انتهى من غير تقييد بكون ذلك قبل الحكم وهذا بخلاف ما لو وقف المديون الصحيح وعليه دين محيط بماله فان وقفه لازم لا ينقضه ارباب الديون اذا كان قبل الحجر بالاتفاق لانه لم يتعلق حقهم بالعين في حال صحته قوله واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول الائمة الثلاثة وقول اكثر اهل العلم لانه اسقاط الملك كالعتق وعند محمد لا بد لزواله من التسليم الى المتولي لان الوقف ان يجعله لله تعالى خالصا وحقه انما يثبت مسلما في ضمن التسليم للعبد وهذا لان الوقف تمليك لله تعالى والتمليك منه وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يتحقق تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة المنجزة ولا يخفى ان التمليك لله تعالى لا يتحقق لا مقصودا ولا تبعا لانه تحصيل الحاصل المستمر ثم لا احد باعتباره حتى يحتاج الى تكلف توجيهه لان غاية ما يوجبه الدليل ما خروج الملك عن الوقف لا الى احد وتوجيه الخطاب بصرف غلته الى من وقف عليه وتوجه الخطاب بذلك مع بقاء الملك فاذا فعل خرج عن عهدة الواجب كما هو في سائر الواجبات المالية من غير زيادة تكلف اعتبار آخر نعم يمكن ان يلاحظ التسليم الى المستحق تسليما اليه تعالى كانه تعالى جعله نائبا في قبض حقه وذلك يقتضي المستحق لا المتولي كالزكوة ويمكن ان لا يلاحظ شيء من ذلك بل المقصود ليس الا وجوب التصدق فلذا كان قول ابي يوسف اوجه عند المحققين وفي المنية والفتوى على قول ابي يوسف وهذا قول مشايخ بلخ واما البخاريون فاخذوا بقول محمد كما تقدم وفي المبسوط وكان القاضي ابو عاصم يقول قول ابي يوسف من حيث المعنى اقوى الا انه قال قول محمد اقرب الى موافقة الآثار يعني ما روي عن عمر رضي الله عنه انه تصدق بارض فدفعها الى حفصة وغير ذلك ورجح في المبسوط بانه لا يلزم كونه ظلة القيم في الوقف اول ما يتصور وخوف التقصير في امره وكذا لا يصح من نصب المتولين لا يحفظ لغير تفرغ لنفسه من امره واما قول محمد رحمه الله لو تم قبل التسليم الى المتولي صارت يد الواقف مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سببا للاستحقاق على المتبرع فجوابه منع ذلك بان التبرع بالسبب الموجب لخروج ما في يده يوجب عليه استحقاق يده كعتق العبد الكائن في يد سيده المعتق والناذر بالعين الكائنة في يده هي وقيمتها توجب عليه اخراج احدهما من يده وهذه امور شرعية لا عقلية ومما بني على هذا الخلاف ما ذكر من ان الواقف اذا شرط الولاية في عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه ولاولاده واخرجه من يده وسلمه الى المتولي فهذا جائز نص عليه في السير الكبير لان هذا شرط لا يخل بشيء من الوقف ولو لم يشترط ذلك لنفسه واخرجه من يده الى قيم قال محمد لا ولاية له والولاية للقيم وكذا لو مات وله وصي فلا ولاية لوصيه والولاية للقيم ولو اراد الواقف ان يعزل القيم ويرده لنفسه او يولي غيره ليس له ذلك قال ابو يوسف الولاية للواقف وله ان يعزل القيم في حياته ويولي غيره او يرد النظر الى نفسه واذا مات الواقف بطل ولاية القيم لانه بمنزلة الوكيل عنده وهذا الخلاف بناء على ان عند محمد لا يصح الوقف الا

قال: وإذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ وإذا استحق مكان قوله وإذا صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لأنه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه ولأنه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الأول كسائر أملاكه قال رضي الله عنه وقوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق ذكره. قال: ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف لأن القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد رحمه الله لا يجوز لأن أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة فأما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد رحمه الله أيضا لأنه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة إلا في المسجد والمقبرة فإنه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل أيضا عند أبي يوسف لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولأن المهايأة فيهما في غاية القبح بأن يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لإمكان الاستغلال وقسمة الغلة

إلى القيم فلا يكون للواقف ولاية وعند أبي يوسف بدون التسليم إلى القيم يتم الوقف فإذا سلم إلى قيم كان وكيلا فله أن يعزله وينعزل بموته إلا إذا جعله قيما في حياته وبعد موته وكذا التفريع عليه لو قال هذه الشجرة للمسجد لا تصير للمسجد حتى يسلمها إلى قيم المسجد. قوله (وإذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) وهذا مذهب عامة علماء الأمصار إلا في قول عن الشافعي وأحمد أنه يدخل في ملك الموقوف عليه إذا كان أهلا للملك إلا أنه لا يباع ولا يملك كأم الولد لأنه لو دخل في ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك الذي هو الواقف لأنه لا ملك له فيه لكنه ينتقل بالإجماع على صحة قوله ثم من بعد فلان على كذا ثم قال المصنف قوله أي القدوري خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما لأن الصحة غير اللزوم وهو لم يقل إذا لزم حتى يكون ذلك على قول الكل بل قال إذا صح وصحة العقد لا تستلزم اللزوم بل تختلف باختلاف أحكام العقود فقد يكون عقد صحيح اللزوم كالبيع والإجارة وقد يكون حكمه غير اللزوم كالعارية والظاهر أنه تجوز بالصحة عن اللزوم. قوله (ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف وعند محمد لا يجوز) والخلاف مبني على الخلاف في اشتراط التسليم في الوقف فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع لأن القسمة من تمام القبض ولا بد من القبض فوجب وعند أبي يوسف لا يشترط قبض المتولي فلا يشترط ما هو من تمامه فمن أخذ بقول أبي يوسف في خروجه بمجرد اللفظ وهم مشايخ بلخ أخذوا بقوله في هذه ومن أخذ بقول محمد في ذلك وهم مشايخ بخارا أخذ بقوله في وقف المشاع وأما إلحاق محمد رحمه الله بالهبة والصدقة المنفذة أي المنجزة في الحال فإنهما لا تكون مشاعا فكذا الصدقة المستمرة ففرق أبو يوسف بأن اشتراط القبض في تينك لما فيهما من التمليك للغير وأما الوقف فليس فيه تمليك من الغير حتى يشترط قبضه وإنما هو إسقاط الملك بلا تمليك فلا يرد العتق والطلاق فلا موجب لاشتراط القسمة فيه والحاصل أن المشاع إما أن يحتمل القسمة أو لا يحتملها ففيما يحتملها أجازه أبو يوسف وقفه إلا المسجد والمقبرة والخان والسقاية ومنعه محمد رحمه الله مطلقا وفيما لا يحتملها اتفقوا على إجازة وقفه إلا المسجد والمقبرة فصار الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا أو مقبرة مطلقا أي سواء كان مما لا يحتمل القسمة أو يحتملها والخلاف مبني على اشتراط القبض والتسليم وعدمه فلما لم يشترط أبو يوسف جاز وقفه ولما شرط محمد منعه لأن الشيوع وإن لم يمنع من التسليم والقبض ألا ترى أن الشائع كان مقبوضا للمالك قبل أن يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد رحمه الله عند إمكان تمام القبض وذلك فيما يحتمل القسمة فإنه يمكن أن يقسم أولا ثم يقفه وإنما أسقط اعتبار تمام القبض عند عدم الإمكان وذلك فيما لا يحتملها لأنه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فاكتفى بتحقيق التسليم في جملة وإنما اتفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا ومقبرة لأن الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى ولأن جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة يحتاج فيه إلى التهايؤ والتهايؤ فيه يؤدي إلى أمر مستقبح وهو أن يكون المكان مسجدا سنة واصطبلا للدواب سنة ومقبرة عاما ومزرعة عاما أو ميضأة عاما وأما النبش فليس بلازم من المهايأة بل الليس يلزم ذلك ثم فيما يحتمل القسمة إذا قضى القاضي بصحته وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند أبي حنيفة رحمه الله ويتهايؤون وعندهما يقسم وأجمعوا أن الكل لو كان وقفا على الأرباب أرادوا القسمة لا يجوز وكذا التهايؤ عليه فرع ما لو وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو ولده ونسله ما تناسلوا وإذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين فإن هذا الوقف جائز على هذا الشرط فإذا انقرضوا أكريت وتوضع غلتها للمساكين وليس لأحد من الموقوف عليهم السكنى أن يكريها ولو زادت على قدر حاجة سكناه نعم له الإعارة لا غير ولو كثر أولاد هذا الواقف وولد ولده ونسله حتى ضاقت الدار عليهم ليس لهم إلا سكناها بالتسقط على عددهم ولو كانوا ذكورا وإناثا إن كان فيها حجر ومقاصير كان للذكور أن يسكنوا نساءهم معهم وللإناث أن يسكن أزواجهن معهن وإن لم يكن فيها حجر لا يستقيم أن يقسم بينهم ولا يقع فيها مهايأة إنما سكناها لمن جعل الواقف له ذلك لا لغيرهم ومن هنا يعرف أن لو سكن بعضهم فلم يجد الآخر موضعا يكفيه لا يستوجب أجرة

ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد رحمه الله لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة **قال** ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف رحمه الله اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند ابي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد رحمه الله ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص

حصة على الساكن بل ان احب ان يسكن معه في بقعة من تلك الدار بلا زوجة او زوج ان كان لاحدهم ذلك الا ترك للتضييق وخرج او حبسوا سائل في البقعة الى جنب الآخر والاصل المذكور في الشروح والفرع في اوقاف الخصاف ولم يخالفه احد فيما علمت وكيف يخالف وقد نقلوا اجماعهم على الاصل المذكور ولو قضينا اعني الواقف للمشاع وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء او قبله على قول ابي يوسف رحمه الله فوقع نصيب الواقف في محل مخصوص كان هو الوقف ولا يجب عليه ان يقفه ثانيا **قوله** ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه يعني شائعا بطل الوقف عند محمد رحمه الله لان الاستحقاق ظهر ان الشيوع كان مقارنا للوقف كما لو اذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت لهذا بخلاف ما لو وهب الكل ثم رجع الواهب في البعض ورجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض الذي وقف في مرضه الكل ولا يخرج من الثلث فانه لا يبطل الباقي لان الشيوع طارئ واذا بطل الوقف في الباقي رجع الى الواقف لو كان حيا والى ورثته ان ظهر الاستحقاق بعد موته وليس على الواقف ان يبيع ذلك ويشتري بثمنه ما يجعله وقفا ولو كان المستحق جزءا بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء ان يقف ذلك الباقي فقط وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة لو استحق منها جزء شائع بطلت ولو استحق المعين لا تبطل ولو كانت الارض بين رجلين فوقفاها على بعض الوجوه ودفعاها الى وال يقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد لان المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل المتصدق به ولا شيوع هنا لان الكل صدقة غاية الامر ان ذلك مع كثرة المتصدق وقبض الوالي في الكل بجهة واحدة فهو كما لو تصدق بها رجل واحد سواء بخلاف ما لو وقف كل منهما نصفها شائعا على حدة وجعل لها واليا على حدة لا يجوز لانهما صدقتان فان كلا منهما تصدق بنصيبه بعقدة على حدة الا ترى انه جعل لنصيبه واليا على حدة ومثل ذلك في الصدقة المنفذة ايضا لا تجوز حتى لو تصدق بنصفها مشاعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك لان قبض كل منهما لاقى جزءا شائعا فكذا قبض الواليين هنا ولو وقف كل منهما نصيبه وجعلا الوالي واحدا فسلماه اليه جميعا جاز لان تمامها بالقبض والقبض مجتمع **قوله** ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع ابدا كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف الوقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال ان يخرب الموقوف عليه وقال ابو يوسف اذا سمى جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم هذا كلام القدوري وهو كما ترى لا يناسب استدلال المصنف على قول ابي يوسف فان موجب الوقف يعني بعد التسليم الى المتولي عند محمد رحمه الله وبعد الحكم عند ابي حنيفة رحمه الله زوال الملك بلا تمليك وانه يتأبد كالعتق واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له كما لو وقف عشرين سنة لا يصح اتفاقا فانما يلزمه لو قال بجواز انقطاعه وعوده الى الواقف بعد انقطاع تلك الجهة او الى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال اذا انقطعت صارت للفقراء ثم نقل القدوري انما هو على ما ذكره المصنف عنه حيث قال وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان ابا يوسف رحمه الله لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظ الوقف والصدقة منبئ عنه لما بينا انه ازالة الملك كالعتق وعند محمد يشترط وقال المصنف هذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى المؤبد بعينه فلا بد من التنصيص فكان الاولى ان يولي هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري ثم يذكر الرواية الاخرى ويذكر لهما الوجه الاول ثم يذكر الرواية عن ابي يوسف بان بعد انقطاع الجهة يرجع الى ملك الواقف او ورثته وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عن ابي يوسف فمنها ما في المبسوط اذا تصدق على امهات اولاده في حياته وجعل لهن السكنى بعد وفاته واي امرأة تزوجت منهن او خرجت منتقلة الى غيره فلا حق لها في السكنى ونصيبها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتبارا للسكنى بالغلة وهذا الشرط يصح منه لهن في الغلة الا انه قال فان لم يبق منهن احد كان ميراثا على فرائض الله عند ابي يوسف لما بينا انه توسع في امر الوقف فلا يشترط التأبيد فاشتراط العود الى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد

قال ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه

عنده فاما عند محمد فالتابيد شرط واشتراط العود الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الا ان يحمل ذلك على انه وصية لما بعد موته فيجوز كالوصية بسكنى دار معلوم داره بعد موته مدة معلومة فانه جائز ان يلزم ويعود الى الورثة اذا استغرق الوصية لكن من ذلك ما نقل الناطفي في الاجناس عن مشروط محمد بن مقاتل عن ابي يوسف اذا وقفها على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف قال وعليه الفتوى ولما عرف عن ابي يوسف من جواز عوده الى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز لانه لا فرق اصلا ومنها ما ذكر في البرامكة قال ابو يوسف اذا انقرض الموقوف عليهم يصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فحصل عنه روايتان واما الشرط الذي تقدم وهو قوله من تزوجت او خرجت منتقلة عنه فلا حق لها فصحيح فلو طلقها زوجها او مات او عادت بعد ما انتقلت لا يرجع لها ما كان لها في الوقف بل قد سقط لانه قطع استحقاقها باحد هذه الصفات فلا يعود الا ان ينص على ذلك فيقول فان عادت او فارقت عاد ما كان لها قوله ويجوز وقف العقار وهو الارض مبنية كانت او غير مبنية ويدخل البناء في وقف الارض تبعا فيكون وقفا معها وفي دخول الشجر في وقف الارض روايتان ذكرهما في الخاصة وفي فتاوى قاضي خان تدخل الاشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع ويدخل الشرب والطريق استحسانا لان الارض لا توقف للاستقلال وذلك لا يكون الا بالماء والطريق فيدخلان كما في الاجارة ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل او لا كالورد والرياحين ولو قال وقفتها بحقوقها وجميع ما فيها ومنها قال هلال لا تدخل في الوقف ايضا ولكن في الاستحسان يلزم التصدق بها على وجه النذر لانه لما قال صدقة موقوفة بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصدق ولا يدخل الزروع كلها الا ما كان له اصل لا يقطع في سنة والحاصل ان كل شجرة تقطع في سنة فهو للواقف وما لا يقطع في سنة فهو داخل في الوقف فيدخل في وقف الارض اصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدر وتلقى سرقينه ورماده ولا يدخل مسيل الماء في ارض مملوكة او طريق قوله لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين وقفوه قد سماذكر جماعة من رجال الصحابة ونسائهم وقفوا واسانيدها مذكورة في وقف الخصاف ومنها ما تقدم من وقف عمر رضي الله عنه واخرج ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث ثنا ابو بكر بن ابي شيبة ثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن ابيه ان الزبير بن العوام وقف دارا له على المردودة من بناته قال المردودة هي المطلقة والفاقدة لست امات زوجها وفي البخاري وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضا جعلها لابن السبيل صدقة واخرج الحاكم بسند فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الارقم المخزومي انه كان يقول انا ابن سبع الاسلام اسلم ابي سابع سبعة وكانت داره على الصفا هي التي كان النبي صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الاسلام وفيها دعا الناس الى الاسلام واسلم فيها خلق كثير منهم عمر بن الخطاب فسميت دار الاسلام وتصدق بها الارقم على ولده وذكر ان نسخة صدقته بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما قضى الارقم الى ان قال لا تباع ولا تورث وفي الخلافيات للبيهقي قال ابو بكر عبد الله بن الزبير الحميدي تصدق ابو بكر رضي الله عنه بداره بمكة على ولده فهي الى اليوم وتصدق عمر بربعه وتصدق سعد بن ابي وقاص بداره بالمدينة وبداره بمصر على ولده فذلك الى اليوم وعثمان رضي الله عنه برومة فهي الى اليوم وعمرو بن العاص بالوهط من الطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك الى اليوم قال وما لا يحضرني كثير وهذا كله مما يستدل به على ابي حنيفة في عدم اجازته الوقف فرع اذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وان لم تحدد استغنى بشهرتها عن تحديدها فرع آخر وقف عقارا على مسجد او مدرسة هيأ مكانا لبنائها قبل ان يبنيها اختلف المتأخرون والصحيح الجواز ويصرف غلتها الى الفقراء الى ان تبنيا فاذا بنيت ردت اليها الغلة اخذا من الوقف على اولاده ولا اولاد له حكموا بالصحة وتصرف غلته الى الفقراء الى

ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رضي الله عنه وهذا على الارسال قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد رحمه الله معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا اولى وقال محمد رحمه الله يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف رحمه الله معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام واما خالد فقد حبس ادرعا وافراسا له في سبيل الله تعالى وطلحة رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله تعالى ويروى واكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها

ان يرده لفلان (قوله ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) كذا قال القدوري قال المصنف وهذا على الارسال اي على الاطلاق قول ابي حنيفة رحمه الله قال القدوري وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة اذا كانت تبعا للارض يجوز لانها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود منها وقد ثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كبيع الشرب والطريق لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا وكذا اكثر ما يستثنى حتى لو مرض بعضهم فتعطل عن العمل ان كان الواقف جعل نفقتهم في مال الوقف صرف بها والا فالنفقة عليهم وان لم يصرح به في مال الوقف فللقيم ان يبيع من عجز ويشتري بثمنه آخر يعمل كما لو قتل فاخذ ديته عليه ان يشتري بها آخر ولو جنى احدهم جناية فعلى القيم ان ينظر ان كان الاصلح دفع هذا العبد بالجناية دفعه او فداه من مال الوقف واذا فداه بفدية تزيد على ارش الجناية فهو متطوع بالزيادة وليس لهم في مال الوقف من الدفع والفداء شيء فان فدوه كانوا متطوعين ومحمد مع ابي يوسف يعني فلا معنى لافراد ابي يوسف لانه لما جاز افراد بعض المنقولات بالوقف عنده اي عند محمد فتجويزه تبعا للعقار اولى والضمير في لانه للشان الا وقف ضيعة فيها البقر وعبيده ولم يذكرهم فانه لا خلاف تبين من الآلات والبقر والعبيد في الوقف قال المصنف وقال محمد يجوز حبس الكراع وهي الخيل والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف معه ايضا في ذلك على ما قالوا وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل من شرط التابيد والمنقول لا يتابد ووجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه اي الكراع والسلاح منها قوله عليه الصلوة والسلام في الصحيحين عن ابي هريرة بعث النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب على الصدقات فمنع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ينقم ابن جميل الا ان كان فقيرا فاغناه الله واما خالد فانكم تظلمون خالدا وقد احتبس ادراعه واعتده في سبيل الله واما العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو علي ومثلها ثم قال ما شعرت ان عم الرجل صنو ابيه واما ما ذكر المصنف من ان طلحة حبس دروعه وفي رواية اكراعه فلم يعرف وان لم يعرف جمعه على اكراع لان فعالا لا يجمع على افعال بل على افعل كغراب واغرب ايضا ذكره في الصحاح صريحا حيث قال والجمع اكرع ثم اكارع الا ان الطبراني اخرج عن ابن المبارك ثنا حماد بن زيد عن عبد الله بن المختار عن عاصم بن بهدلة عن ابي وائل قال لما حضرت خالد بن الوليد الوفاة قال لقد طلبت القتل فلم يقدر لي الا ان اموت على فراشي وما من عملي ارجى من لا اله الا الله وانا متترس بها ثم قال اذا انا مت فانظروا سلاحي وفرسي فاجعلوه عدة في سبيل الله وذكر هذا الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير وقال فيه ما من عملي شيء ارجى عندي بعد لا اله الا الله من ليلة بتها وانا متترس بالسماء بهلتي انتظر الصبح حتى نغير على الكفار واذا عرف هذا فالابل تدخل في حكم الخيل لان العرب يغزون عليها مع انه روي ان ام معقل جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابا معقل جعل ناضحه في سبيل الله واني اريد الحج افاركبه فقال صلى الله عليه وسلم اركبيه فان الحج والعمرة في سبيل الله والحاصل ان وقف المنقول تبعا للعقار يجوز واما وقفه مقصودا ان كان كراعا او سلاحا جاز وفيما سوى ذلك ان كان مما لم يجر التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا وان كان متعارفا كالجنازة والفأس والقدوم وثياب الجنازة وما يحتاج اليه من الاواني والقدور في غسل الموتى والمصاحف قال ابو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز واليه ذهب عامة المشايخ منهم الامام السرخسي كذا في الخلاصة وفي فتاوى قاضي خان وقف بناء بدون ارض قال هلال لا يجوز انتهى لكن في الخصاف البناء ان كانت الارض متقررة للاحتكار جاز فانه قال في رجل وقف بناء دار له ولم يذكر الارض انه لا يجوز قيل له فما تقول في حوانيت السوق ان وقف رجل البناء قال ان كانت الارض اجارة في ايدي القوم الذين بنوها لا يخرجهم السلطان عنها فالوقف جائز لانا رأيناها في ايدي اصحاب البناء يتوارثونها وتقسم بينهم لا يتعرض لهم السلطان ولا يزعجهم وانما له غلة يأخذها وتداولها الخلفاء ومضى عليها الدهور وهي في ايديهم يتبايعونها ويؤاجرونها ويجوز فيها وصاياهم ويهدمون بناءها ويغيرونه ويبنون غيره فكذا الوقف ان كان كذلك جاز وقف البناء فيه الا فلا وذكر في موضع آخر من فتاوى قاضي خان وقف حائطا على المسلمين جاز ولا يكون مبنيا او مسبلا ثم ذكر انه

وعن محمد رحمه الله أنه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند أبي يوسف لا يجوز لأن القياس إنما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رحمه الله يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الأشياء وعن نصير بن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح لأن كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد رحمه الله وما لا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقفه وقال الشافعي رحمه الله كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لأنه يمكن الانتفاع به فأشبه العقار والكراع والسلاح ولنا أن الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على أصل القياس وهذا لأن العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما أقوى فلا يكون غيرهما في معناهما

إنما خص البناء بذلك لأن العادة أن تتخذ على جنبتي النهر العام يعني وذلك غير مملوك له ثم قال في هذه المسألة دليل على جواز وقف البناء بدون الأصل ثم نقل عن الأصل أن وقف البناء بدون أصل الدار لا يجوز ولا يجوز وقف البناء في أرض هي عارية أو إجارة وإن كانت ملكا لواقف البناء جاز عند أبي جعفر وعن محمد إذا كان البناء في أرض وقف جاز وقفه على الجهة التي تكون الأرض وقفا عليها ذكر الكل في الفتاوى وإطلاق الإجارة يعارض قول الخصاف في أراضي الحكور اللهم إلا أن يحمل تخصيصها بالسبب أنها صارت كالملاك على ما ذكره ثمة وفي الخلاصة إذا وقف مصحفا على أهل المسجد لقراءة القرآن إن كانوا يحصون جاز وإن وقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد وفي موضع آخر لا يكون مقصورا على هذا المسجد وأما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لا يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه أبو جعفر يجيزه وبه نأخذ وجه قول أبي يوسف أن القياس يأباه والنص ورد في الكراع والسلاح على خلافه فيقتصر عليه ومحمد يقول القياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الأشياء وعلى قول محمد أكثر فقهاء الأمصار وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي رحمه الله كلما أمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه وهذا قول مالك وأحمد أيضا وأما وقف ما لا ينتفع به إلا بالإتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بحلي وأما الحلي فيصح وقفه عند أحمد والشافعي لأن حفصة رضي الله عنها ابتاعت حليا بعشرين ألفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكوته وعن أحمد لا يصح وقفه وأنكر الحديث ذكره ابن قدامة في المغني وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع وحاصل المعارضة أن حكم الوقف الشرعي التأبيد ولا تأبيد لغير العقار غير أنه ترك في الجهاد لأنه سنام الدين فكان معنى القربة فيهما أقوى فلا يلزم من شرعية الوقف فيهما شرعيته فيما دونهما فلا يلحق دلالة أيضا لأنه ليس في معناهما وإذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشائخ أشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما رأوا من جريان التعامل فيها ففي الخلاصة وقف بقرة على أن ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لأبناء السبيل قال إن كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم رجوت أن يكون جائزا وعن الأنصاري وكان من أصحاب زفر فيمن وقف الدراهم أو الطعام أو ما يكال أو ما يوزن أيجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال تدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال وما يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة قال فعلى هذا القياس إذا وقف هذا الكر من الحنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا بذر لهم ليزرعوه لأنفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الإدراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدا على هذا السبيل يجب أن يكون جائزا قال ومثل هذا كثير في الري وناحية دنباوند الأكسية وأسترة الموتى إذا وقفت صدقة أبدا جاز فتدفع الأكسية للفقراء فينتفعون بها في أوقات لبسها ولو وقف ثورا لإنزاء بقرهم لا يصح ثم إذا عرف جواز وقف الفرس والحمل في سبيل الله فلو وقفه على أن يمسكه ما دام حيا إن أمسكه ليجاهد له ذلك لأنه لو لم يشترط كان له ذلك لأن لجاعل فرس السبيل أن يجاهد عليه وإن أراد أن ينتفع به في غير ذلك لم يكن له ذلك صح جعله للسبيل يعني يبطل الشرط ويصح وقفه ولا يؤاجر فرس السبيل إلا إذا احتيج إلى النفقة فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه قال في الخلاصة وهذه المسألة دليل على أن المسجد إذا احتاج إلى نفقة يؤاجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه انتهى وهذا عندي غير صحيح لأنه يعود النفع الذي لأجله استثنى أبو يوسف المسجد من وقف المشاع وهو أن يتخذ مسجد العطلة فيه حانا واصطبلا يربط فيه الدواب حانا ولو قيل إنما يؤجر لغير ذلك فيقول غاية ما يكون السكنى ويستلزم جواز المجامعة فيه وإقامة الحائض والجنب فيه ولو قيل لا يؤاجر لذلك فكل عمل يؤاجر له فيه تغيير أحكامه الشرعية ولا شك أن باحتياجه إلى النفقة لا تتغير أحكامه الشرعية ولا يخرج به عن أن يكون مسجدا نعم إن خرب ما حوله واستغني عنه فحينئذ لا يعيد مسجدا عند محمد رحمه الله خلافا لأبي يوسف وإن لم يكن كذلك فتجب عمارته من بيت المال لأنه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة أيضا يجوز وقف الغلمان والجواري على

قال وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف رح فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته أما امتناع التمليك فلما بينا وأما جواز القسمة فلأنها تمييز وإفراز غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية إلى الواقف وبعد الموت إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسِما ومقاسَما ولو كان في القسمة فضل دراهم إن أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وإن أعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء

مصالح الرباط ولو زوج السلطان أو القاضي جارية الوقف يجوز ولو زوج عبد الوقف لا يجوز والفرق ظاهر وهو أن في الأول اكتساب للوقف وفي الثاني ولهذا لو زوج أمة الوقف من عبد الوقف لا يجوز ومن **فروع** الوقف المنقول وقف دارا فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخل في وقف الدار الحمامات إلا بقيمة قال الفقيه هو كوقف الضيعة مع الثيران وسئل أبو بكر عن وقف شجرة بأصلها والشجرة مما ينتفع بأوراقها وثمرها قال الوقف جائز وينتفع بثمرها وأوراقها وأصلها إلا أن تفسد أغصانها فإن لم ينتفع بأوراقها وثمرها فإنها تقطع ويصرف ثمنها إلى سبيله فإن نبتت ثانيا والأرض مكانها وسئل أبو القاسم الصفار عن شجرة وقف يبس بعضها وبقي بعضها فقال ما يبس منها فسبيله سبيل غلتها وما بقي متروك على حالها **قوله** إذا صح الوقف أي لزم وهذا يؤيد ما قدمناه في قول القدوري وإذا صح الوقف خرج من ملك الواقف ثم قوله لم يجز بيعه ولا تمليكه هو إجماع الفقهاء إلا أن يكون مشاعا فيطلب شريكه القسمة عند أبي يوسف فتصح مقاسمته أما امتناع التمليك فلما بينا من قوله عليه الصلاة والسلام تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ومن المعنى وهو أن الحاجة ماسة إلخ ولأنه باللزوم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا تمكن من البيع وأما جواز القسمة أي عندهما فإن على قول أبي حنيفة لا يجوز وإن قضى القاضي بصحة وقف المشاع لأنها مبادلة ومعنى المبادلة هو الراجح في غير المثليات فلأنها تمييز معنى وإفراز غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية للواقف عند أبي يوسف ووقف المشاع إنما يجوز على قوله ولو طلب الشريك القسمة بعد موته فالقسمة إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له فللقسمة طريقان أحدهما أن يقاسمه القاضي بأن يرفع الأمر إليه ويطلب منه القسمة فيأمر رجلا أن يقاسمه الثاني أن يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه إن أحب هذا لأن الواحد لا يصلح أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم بأن يكون أحد النصفين أجود من الآخر فجعل بإزاء الجودة دراهم فإن كان الآخذ للدراهم هو الواقف بأن كان النصف الذي هو غير الوقف هو الأحسن لا يجوز لأنه يصير بائعا بعض الوقف فيبيع بعض الوقف لا يجوز وإن كان الآخذ شريكه بأن كان نصيب الوقف أحسن جاز لأن الواقف مشتر لا بائع فكأنه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه فقوله إن أعطى الواقف لا يجوز يصح على بنائه للمفعول ورفع الواقف ويصح على بنائه للفاعل ونصب الواقف لأن المعنى فيهما أنه أخذ الدراهم واعلم أن عدم جواز البيع في غير القسمة فيما إذا كان قائما عامرا أما إذا انهدم ولا حاصل يعمر به فيجوز لأنه رجع إلى ملك الواقف إن كان حيا وإلى ورثته إن كان ميتا وقال الصدر الشهيد في جنس هذه المسائل نظر ينبغي أن لا الوقف بعدما خرج إلى الله تعالى لا يعود إلى ملك الواقف وأنت تعلم أن قول محمد برجوعه إلى ملك الواقف أولى من قوله في المسجد لأن خلوصه لله أقوى من غيره من الأوقاف ولأن ذلك سنته الفائدة وتحقق انتفاؤها إذا لم يكن له ريع يعاد به ولا يوجد من يستأجره فيعمر ومن ذلك حانوت احترق في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر البتة وحوض محلة خرب وصار بحال لا يمكن عمارته فهو للواقف ولورثته وإن كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطة كذا في الخلاصة وزاد في فتاوى قاضيخان إذا كان كاللقطة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه وعلى هذا فإنما يصير لبيت المال إذا عرف الواقف وعرف موته وانقراض عقبه وروي عن محمد إذا ضعفت الأرض عن الاستغلال ويجد القيم بثمنها أخرى هي أكثر ريعا كان له أن يبيعها ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريعا والأول أنفع من المشايخ هذا إذا خاف على الوقف من وارث أو سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيعها ويتصدق بثمنها قال وكذا كل قيم خاف شيئا من ذلك قالوا والفتوى على خلافه لأن الوقف بعدما صح بشرائطه لا يحتمل البيع وهذا هو الصحيح حتى ذكر في شجرة جوز وقف في دار وقف خربت الدار لا تباع الشجرة لعمارة الدار

قال والواجب أن يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط لأن قصد الواقف [illegible] بالعمارة فيثبت
شرط العمارة اقتضاء ولأن الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها على الموصى له بها [illegible]
من الغلة يجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حال حياته ولا [illegible] ما يستحق
العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وإن خرب يبني على ذلك الوصف لأنها بصفتها [illegible] عليه
فأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها إلى شيء آخر إلا برضاه ولو كان الوقف [illegible]
وعند البعض الآخرين يجوز ذلك والأول أصح لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة [illegible]
فالعمارة على من له السكنى لأن الخراج بالضمان على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فإن امتنع [illegible]
بأجرتها [illegible] ما ذكرنا ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لأنه لو لم يعمرها تفوت [illegible]
المانع من إتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضا منه بطلان حقه لأنه في حيز التردد [illegible]

بل تكرى الدار ويستأجر بها من يعمرها كذا في العمارة ثم إذا جاز بيع الأشجار الموقوفة لا يجوز قبل القطع بل بعده كذا [illegible]
في غير المثمرة قال يجوز قبل القطع لأنها هي الغلة بناء الوقف والبنيات لا يجوز قبل الهدم والقطع كالمثمرة كذا قيل [illegible]
قبل الهدم وفائدة زيادة مؤنة الهدم إلا أن تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات أبي بكر بن حامد أجمع العلماء على جواز بيع بناء [illegible]
قوله والواجب أن يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته سواء شرط الواقف ذلك أو لم يشترط لأن الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤبدا [illegible]
مؤبدا ولا يمكن ذلك إلا بالعمارة فكانت العمارة مشروطة اقتضاء ولهذا ذكر محمد في الأصل في شيء من رسم الصكوك فاشترط أن يرفع [illegible]
مما يحتاج إليه لأداء العشر والخراج والبذر وأرزاق الولاة عليها والعملة وأجور الحراس والحصادين والدراسين لأن حصول منفعتها [illegible]
لا يتحقق بدون هذه المؤن من رأس الغلة قال شمس الأئمة وذلك إن كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة فيذهب رأيه إلى [illegible]
فإذا شرط ذلك في صك يقع الأمن بالشرط قال المصنف ولأن الخراج بالضمان أي الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والدابة ونحو ذلك بقيام [illegible]
ذلك الشيء [illegible] من ضمان المستغل وروى أبو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزاري عن ابن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف [illegible]
عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى أن الخراج بالضمان قال أبو عبيد معناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله ثم يجد به عيبا كان عند [illegible]
فقضى أنه يرد العبد على البائع بالعيب فيرجع بالثمن فيأخذه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج وإنما طابت له لأنه كان ضامنا للعبد ولو مات مات من مال
المشتري لأنه في يده انتهى ولهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاء حين قضى بالغلة للبائع وهذا الحديث من جوامع الكلم في معناه الغرم بالغنم وقد جرى
لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة وقوله وصار أي عمارة الوقف كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها تكون على الموصى له بها قوله ثم إن كان
الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم أي يتعسر أن يلزموا العمارة لانتشارهم ولعسر تتبعهم وأقرب أموالهم هذه الغلة الكائنة للوقف فتجب العمارة فيها قوله وإن كان الوقف
على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حال حياته فإذا مات فمن الغلة ولم تؤخذ من الغلة عينا لأنه رجل متعين يمكن مطالبته ثم هو مطالب [illegible]
من الغلة وإن [illegible] العمارة المستحقة عليه إنما هي بقدر ما يبقى الموقوف بها على الصفة التي وقف عليها أما الزيادة فليست بمستحقة فلا تصرف في العمارة إلا برضاه ولو كان
الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض أي لا يزاد على الصفة التي كان عليها وعند آخرين يجوز ذلك أي الزيادة والأول أصح لأنه صرف حق الفقراء
إلى غير المستحق عليهم ولو أخر العمارة إذا احتيج إليها وتقطع الجهات الموقوف عليها الغلة إلا أن لم يخف ضرر بين فإن خيف قدم وأما الناظر فإن كان المشروط
له من الواقف فهو كأحد المستحقين فإذا قطعوا للعمارة قطع إلا أن يعمل فيأخذ قدر أجرته وإن لم يعمل لا يأخذ شيئا قال الإمام فخر الدين قاضي خان وقف ضيعة
على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها إلى القيم وأصحاب
هذه الطاحونة يقسمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لأن القيم يأخذ ما يأخذ إلا بطريق الأجر فلا يستوجب الأجر بلا عمل انتهى فهذا عندنا فيمن لم يشترط له
الواقف أما إذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم قوله فإن وقف دارا على سكنى ولده أو غير ولده فالعمارة على من له السكنى لأن الخراج بالضمان
وصار كالعبد الموصى بخدمته فإن امتنع من ذلك أو كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها بأجرتها ثم ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والأول
وهو العمارة أولى من الثاني وهو عدم عمارتها المدلول عليه بالقوة ولو لم يعمرها إلا أن الجمع بين المصلحتين أولى من إبطال أحدهما ولا يجبر الممتنع على العمارة لما
فيه من إلزام الضرر بإتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر فيما إذا انعقد عقد المزارعة وبيانه من عليه البذر إذا امتنع من العمل لا يجبر عليه كذلك

قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها لانه لا بد من العمارة ليبقى على التابيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل ولا يجوز ان يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف قال رضي الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي وقيل ان الاختلاف فيه بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حيوته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراط البعض او الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه

ثم لا يكون امتناعه رضى منه ببطلان حقه لانه في حيز التردد يعني دلالة الامتناع على الرضا بسقوط حقه متردد فيها لجواز كون امتناعه لعدم القدرة على العمارة او لجاءة اصلاح القاضي كما يجوز كونه لرضاه بابطال حقه وانما قال آجرها الحاكم لانه لا تصح اجارة من له السكنى وعلله بقوله لانه غير مالك وفي تقريره طريقان احدهما انه ليس بمالك للمنفعة بل ابيح له الانتفاع وهذا ضعيف فان للموقوف عليه السكنى ان يعير الدار والاعارة تمليك المنافع بلا عوض والمسئلة في وقف الخصاف والآخر انه ليس بمالك للعين والاجارة تتوقف عليه لانها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق تمليكها فاقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضي ان لا يصح اجارة المستاجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وان لا يصح من الموقوف عليه السكنى الاعارة لكنه يصح كما ذكرنا فالاولى ان يقال لانه تملك المنافع بلا بدل فلم يملك تمليكها ببدل وهو الاجارة والا لملك اكثر مما ملك بخلاف الاعارة وهذا الوجه والذي قبله يفيدان لا فرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان الموقوف عليه الدار المستحق للغلة ايضا ليس له ان يؤاجر لانه ليس بمالك للعين فلا يمكن اقامة العين مقام منافعها ليرد عليه عقد الاجارة بل مالكه من المنافع بلا بدل وفي الاستروشني ان الرأي في المنقول ان اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما يملك اجارة المتولي او القاضي ونقل عن الفقيه ابي جعفر انه ان كان الاجر كله للموقوف عليه اذا كان الوقف لا يسترم يجوز اجارته وهذا في الدور والحوانيت واما الاراضي فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه ان يؤاجر وان لم يشترط ذلك فيجب ان يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه هذا ولو لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضي من يستاجرها لم ار حكمه في المنقول من المذهب والحال فيها تؤدي الى ان تصير نقضا على الارض كوما تسفوه الرياح وخطر لي انه يخيره القاضي بين ان يعمرها فيستوفي منفعتها وبين ان يردها الى ورثة الواقف والله اعلم **قوله** وما انهدم من بناء الوقف وآلته وهو الحجر كالخشب والقصب قد تقدم شرحها على ما صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج اليه وانت تعلم ان بالانهدام تحقق الحاجة الى عمارة ذلك لتقرر فلا معنى للشرط في قوله ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج وانما المعنى انه ان كان التهيؤ للعمارة ثابتا في الحال صرفه اليها والا حفظه حتى يتهيأ ذلك وتتحقق الحاجة فان المنهدم قد يكون قليلا لا يخل بالانتفاع بالوقف ولا يغير من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى يحس وتجب العمارة وان تعذرت اعادته بان خرج عن الصلاحية لذلك لتعفنه ونحوه باعه وصرف ثمنه في ذلك اقامة للبدل مقام المبدل ولا يقسمه بين مستحقي الوقف لانه من عين الوقف ولا حق لهم في العين الموقوفة لانها حق الله تعالى وحقهم في الغلة فقط واعلم ان عدم جواز بيعه الا اذا تعذر الانتفاع به انما هو فيما ورد عليه وقف الواقف اما فيما اشتراه المتولي من مستغلات الوقف فانه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا لان في صيرورته وقفا خلافا والمختار انه لا يكون وقفا فللقيم ان يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت **قوله** واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف فهذان فصلان ذكرهما القدوري شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف وهو قول احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والزهري ومن اصحاب الشافعي ابن سريج ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرائي وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصري وانما نسب الى الرأي لانه كان على مذهب الكوفيين في رأيهم وهو من اصحاب يوسف بن خالد السمتي البصري ويوسف هذا من اصحاب ابي حنيفة وقيل ان هلالا اخذ العلم عن ابي يوسف وزفر ووقع في المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازي وفي المغرب هو تحريف بل هو الرائي بتشديد الراء لانه من البصرة لا من الري والرازي نسبة الى الري كذا صح في مسند ابي حنيفة وغيره وبقول محمد قال الشافعي ومالك والخلاف في شرط كل الغلة لنفسه وبعده على الفقراء او بعضها وبعده للفقراء ثم قيل ان الاختلاف بينهما بناء على الخلاف في اشتراط القبض اي قبض المتولي فلما شرطه محمد منع

ولأبي يوسف رحمه الله ما روي أن النبي عليه السلام كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط فدل على صحته
ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه
لا أن يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما إذا بنى خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن
فيه ولأن مقصوده القربة وفي الصرف إلى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة

الغلة لنفسه لا يشترط أن لا ينقطع حقه فيه لاشتراط القبض أي لا ينقطع حقه ولما لم يشترطه أبو يوسف لم يمنعه وقيل مسألة مبتدأة غير مبنية وهو أوجه ثم فصل المصنف هذه الخلافية
ما إذا شرط الغلة لأمهات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء فإذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جاريا فيها على ما صححه المصنف وقيل بل صحة شرط
الغلة لأمهات أولاده ومدبريه بالاتفاق وهو الأصح وما قال المصنف مخالف لما في المبسوط والمحيط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضي خان فإن الكل جعلوا
الصحة بالاتفاق وفرق في المبسوط لمحمد بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولأمهات أولاده حيث يجوز مع أن شرطه لهن ولمدبريه كشرطه لنفسه بأن حريتهم
تثبت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الأجانب ويكون ثبوته لهم حالة حياته تبعا لما بعد موته كما قال أبو حنيفة في أصل الوقف إذا قال في حياتي وبعد
وفاتي يلزم أما لو وقف على عبيده وإمائه فلا يجوز عند محمد لأنهم لا يعتقون بموته فلا تبعية ويجوز عند أبي يوسف كشرطه لنفسه وجه قول محمد رحمه الله أن الوقف تبرع على وجه
التمليك للغلة أو السكنى فاشتراط البعض أو الكل لنفسه يبطله لأن التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة بأن تصدق على فقير بمال مسلم إليه
على أن يكون البعض لي لم يجز لعدم الفائدة إذ لم يكن مملكا على هذا التقدير إلا ما وراء ذلك القدر فكذا في الصدقة الموقوفة وكشرط البعض لبقعة المسجد لنفسه
بيانا ولأبي يوسف ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته والمراد صدقته الموقوفة ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط فإن الإجماع على أن الواقف إذا لم
يشترط لنفسه الأكل منها لا يحل له أن يأكل منها وإنما الخلاف فيما إذا شرط والحديث المذكور بهذا اللفظ لم يعرف إلا أن في مصنف ابن أبي شيبة حدثنا
ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه قال إن حجر المدري أخبرني أن في صدقة النبي صلى الله عليه وسلم أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر ولأن الوقف
إزالة الملك إلى الله تعالى فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله لنفسه لا أنه جعل ملك نفسه لنفسه كذا قرره المصنف على ما سلف لما في اشتراط
التسليم إلى المتولي عند محمد ينبغي أن يقرر هكذا الموقوف إزالة الملك الكائن بالعين وإسقاطه لا إلى مالك ابتغاء مرضات الله تعالى على وجه يعتبر فيه شرطه
الغير المنافي للقربة والشرع وشرط النفقة على نفسه منه لا ينافي ذلك كما إذا بنى خانا أو شرط أن ينزل فيه أو سقاية وشرط أن يشرب منها أو مقبرة وشرط
أن يدفن فيها قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة روي معنى هذا الحديث من طرق كثيرة يبلغ بها الشهرة فروى ابن ماجه من حديث
المقدام بن معدي كرب رضي الله عنه قال ما كسب الرجل كسبا أطيب من عمل يده وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو له صدقة
وأخرجه النسائي عن بقية عن بحير بلفظ ما أطعمت نفسك فهو لك صدقة الحديث وأخرج ابن حبان في صحيحه عن أبي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال أيما رجل كسب مالا حلالا فأطعم نفسه أو كساها فمن دونه من خلق الله فإن له به زكاة ورواه الحاكم إلا أنه قال فإنه له زكاة وقال صحيح الإسناد
ولم يخرجاه وأخرجه الحاكم أيضا والدارقطني عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما أنفق الرجل على نفسه وأهله
فهو له صدقة وما وقى به عرضه فهو صدقة الحديث وفيه فقلت لمحمد بن المنكدر ما يعني وقى به عرضه قال أن يعطي الشاعر وذا اللسان المتقى وقال صحيح الإسناد
وأخرج الطبراني عن أبي أمامة رضي الله عنه قال من أنفق على نفسه نفقة فهي له صدقة ومن أنفق على امرأته وأهله وولده فهو له صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر أنه
قال للرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فلأهلك الحديث فقد ترجح قول أبي يوسف قال الصدر الشهيد والفتوى على قول
أبي يوسف ونحن أيضا نفتي بقوله ترغيبا للناس في الوقف واختاره مشايخ بلخ وكذا ظاهر الهداية حيث أخر وجهه ولم يدفعه ومن صور الاشتراط لنفسه
ما لو قال على أن يقضي دينه من غلته وكذا إذا قال إذا حدث علي الموت وعلي دين يبدأ من غلة هذا الوقف بقضاء ما علي فما فضل فعلى سبيله
كل ذلك جائز وفي وقف الخصاف إذا شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فجاءت غلته فباعها وقبض ثمنها ثم مات

ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل

قيل ان ينفق ذلك بل يكون ذلك لورثته او لاهل الوقف قال يكون لورثته لانه قد حصل ذلك كان له فقد عرف ان شرط بعض غلته لا يلزم كونه بعضا معينا كالنصف والربع وكذلك لو قال اذا حدث على فلان الموت يعني الواقف نفسه اخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من كل عشرة اسهم مثلا سهم يجعل في الحج عنه او في كفارات ايمانه او في كذا وكذا وسمى شيئا او قال اخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا وكذا ويصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على سبيله (قوله ولو شرط الواقف ان يستبدل بها ارضا اخرى تكون وقفا مكانه فهو جائز عند ابي يوسف وهلال والخصاف وهو استحسان وكذا لو قال على ان ابيعها واشتري بثمنها اخرى مكانها وقال محمد يصح الوقف ويبطل الشرط وليس له بعد استبداله مرة ان يستبدل ثانيا لانتهاء الشرط بمرة الا ان يذكر عبارة تفيد له ذلك دائما وكذا ليس للقيم الاستبدال الا ان ينص له بذلك على وزان هذا لو شرط للقيم ان ينقص من المعاليم اذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل كان له ذلك وليس لغيره الا ان يجعله له واذا ادخل واخرج مرة ليس له ثانيا الا بشرط ولو شرط للقيم ولم يشترط لنفسه كان له ان يستبدل بنفسه لان افادة الولاية لغيره بذلك فرع كونه يملكها ولو قيد بشرط الاستبدال للقيم بحياة الواقف ليس له ان يستبدل بعد موته وفي فتاوى قاضي خان قول هلال وابي يوسف هو الصحيح لان هذا شرط لا يبطل الوقف لان الوقف يقبل الانتقال من ارض الى ارض فان ارض الوقف اذا غصبها غاصب واجرى عليها الماء حتى صارت بحرا لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بها ارضا اخرى فتكون وقفا مكانها وكذا ارض الوقف اذا قل نزلها بحيث لا تحتمل الزراعة ولا يفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الارض في الاستبدال بارض اخرى وفي نحو هذا عن الانصاري صحة الشرط لكن لا يبيعها الا باذن الحاكم وينبغي للحاكم اذا رفع اليه ولا منفعة في الوقف ان يأذن في بيعها اذا رآه انظر لاهل الوقف واذا كان حاصله اثبات وقف آخر لم يكن شرطا فاسدا هو اشتراط عدم حكمه وهو التأبيد بل هو تأبيد معنى ولا يقال حكم الوقف اذا صح الخروج عن ملكه فالحكمة سبيلا نقول حكمه ذلك على وجه يعقبه شرط الاستبدال الذي شرطه في اصل الوقف اذ لم يخالف الشرع وقد بينا ان شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره لكون شمس الائمة ذكر مسئلة ثم قال وبه نأخذ لما فيه من تجويز استبدال الوقف وكذا عن ظهير الدين رحمه الله انه كان لا يفتي به لانه يوجب بيعه مع قيام وجه غيره ولو اريد تجويز الاستبدال بغير شرط الاستبدال فيما اذا كان احسن للوقف كان حسنا والحاصل ان الاستبدال اما عن شرط الاستبدال وهو مسئلة الكتاب او لا عن شرط فان كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به فينبغي ان لا يختلف فيه كالصورتين المذكورتين لقاضي خان وان كان لا كذلك بل اتفق انه امكن ان يؤخذ بثمن الوقف ما هو خير منه مع كونه منتفعا به فينبغي ان لا يجوز لان الواجب ابقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة اخرى ولانه لا موجب لتجويزه لان الموجب في الاول الشرط وفي الثاني الضرورة ولا ضرورة في هذا اذ لا تجب الزيادة فيه بل تبقيه كما كان ولعل محمل ما نقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باطل الا في رواية عن ابي يوسف هذا الاستبدال والاستبدال الى الشرط مذهب ابي يوسف المشهور عنه المعروف لا مجرد رواية والاستبدال الثاني ينبغي ان لا يختلف فيه كما قلنا وفي فتاوى قاضي خان اجمعوا ان الواقف اذا شرط الاستبدال لنفسه يصح الشرط والوقف ويملك الاستبدال اما بلا شرط اشار في السير الى انه لا يملكه الا باذن القاضي ولا يخفى ان محل الاجماع المذكور كون الاستبدال بنفسه اذا شرطه او في القاضي فيما لا شرط فيه لا في اصل الاستبدال ذلك الا فهو قد نقل الخلاف وعرف من هذا ان محمل ما ذكرناه عن الانصاري ما اذا لم يشترطه لنفسه ثم اذا اشترى البدل للوقف صار وقفا ولا يتوقف وقفيته على ان يقفه بلفظ يخصه وليس للقيم ان يوصي بالاستبدال لمن يوصي اليه عند موته بالوقف (فروع) من الاستبدال لو قال على ان ابيعها بالقليل والكثير او على ان ابيعها واشتري بثمنها عبيدا بطل على فساد الوقف كان قال على ان ابيعها ولم يزد بطل ولو قال على ان ابيعها واشتري بثمنها ارضا صح استحسانا ولو قال على ان استبدل بها صح وليس له ان يجعل البدل الا ارضا ولو قال على ان ابيعها واشتري بثمنها ما ليس بوقف لان ...

ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف وعند محمد رحمه الله الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا

لكن قد تختلف في جودة الارض فينبغي ان كانت احسن ان يجوز لانه خلاف الى خير ولو شرط الاستبدال ولم يذكر شيئا استبدل ما شاء من العقار
باع الوقف بغبن فاحش لا يجوز البيع ولو قبض الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين في تركته وكذا لو استهلكه او ضاع الثمن في يده فلا ضمان عليه ولو اشترى
من عوضها ما لا يكون وقفا فهو له والدين عليه ولو وهبه من المشتري صحت الهبة ويضمنه في قول ابي حنيفة ومنعه ابو يوسف الا لو قبض الثمن ثم وهبه فالهبة باطلة
اما لو باعه بعرض ففي قياس قول ابي حنيفة يصح وقال ابو يوسف وهلال لا يملك البيع الا بالنقد وبه نأخذ تكون وقفا مكانها واذا باع الوقف ثم عاد اليه
بفسخ من كل وجه كان له ان يبيعها ثانيا وان عادت بعقد جديد لا يملك بيعها لانها صارت وقفا كانه اشترى غيرها الا ان يكون عمم له الاستبدال مرة بعد اخرى
شيئا ولم يقبضه حتى قبل القبض فقبضها حقيقة وقفا كذا لو كان المشتري قبل القبض ولهذا قالوا ان يبيع بالاخرى ما شاء ولو استحقت الاولى في القياس تبقى الثانية
وقفا وفي الاستحسان لا لان الثانية كانت وقفا بدلا عن الاولى وبالاستحقاق انتقضت ملكه لها بابدالها من كل وجه فلا تبقى الثانية وقفا ولو شرط
ان يستبدل فوكل به جاز ولو اوصى به عند موته لم يكن للوصي ذلك لان في الوكالة وهو حي لو تمكن عزله لكنه الاستدراك بخلاف الوصي ولو شرط
الاستبدال لنفسه مع آخر على ان يستبدلا معا فتفرد ذلك الرجل لا يجوز ولو تفرد الواقف جاز لانه هو الذي شرط لذلك اشتراط لغيره فهو شرط لكما لو نصب
متوليين كل قيما كان لكل ان يتصرف وحده ولو ان احد هذين القاضيين اراد ان يعزل الذي اقامه القاضي الآخر قال ان راى المصلحة
ذلك كان له عزله والا فلا قوله (ولو شرط) اي الواقف (الخيار لنفسه ثلاثة ايام) بان قال وقفت داري هذه على كذا على اني بالخيار ثلاثة ايام جاز الوقف
والشرط عند ابي يوسف وقال محمد رحمه الله الوقف باطل وهو قول الشافعي واحمد وهلال قال المصنف وهذا بناء على ما ذكرنا يريد الاصل المختلف فيه اعني شرط التسليم
فمحمد لما شرط تمام القبض لينقطع حق الواقف ولا شك ان شرط الخيار يفوت مع الشرط المذكور لانه لا يتصور معه تمام القبض واما ابو يوسف فلما لم يشترط
القبض فتقول انبنى عليه جواز شرط الخيار وروي عن ابي يوسف ان الوقف جائز والشرط باطل وهو قول يوسف بن خالد السمتي لان الوقف كالاعتاق
ازالة الملك لا الى مالك ولو اعتق على انه بالخيار عتق وبطل الشرط فكذا يجب هنا وكذا اتفقوا على ان شرط الخيار في المسجد باطل ويتم وقف المسجد وذلك
بالسند والى على قول محمد ينبغي ان يجوز الوقف ويبطل الشرط لانه شرط فاسد فلا يؤثر في المنع من الزوال ولكن محمد يقول بتمام الرضا والقبض يتم الوقف ومع
الخيار لا يتم الرضا ولا القبض فكان كالاكراه على الوقف فلا يتم معه بخلاف المسجد فان القبض ليس شرطا فيه عنده بل اقامة الصلوة فيه بجماعة وكذا في الاعتاق
القبض فيه ليس شرطا والحاصل انه ان تم له شرط التسليم في اصل الوقف ثم له ما قدمناه فيه وتقييد الخيار بثلاثة ايام ليس قيدا بل ان يكون معلوما
ولو كانت مجهولة بان وقف على انه بالخيار لا يجوز بالاتفاق وكذا روي عن ابي يوسف انه قال ان عين للخيار وقتا جاز الوقف والشرط وان لم يعين
وقتا فالوقف والشرط باطلان ثم اذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد فلو ابطل الخيار قبل الثلث لم يصح لان الوقف لا يجوز الا مؤبدا والخيار يمنع التابيد فكان شرط الخيار
في صلب العقد بخلاف البيع فان الخيار فيه لا يمنع جوازه بل لغيره واذا شرط اكثر من ثلاثة ايام لامتناع لزوم العقد بعد الايام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب
العقد فاذا اسقط قبل الثلث جاز وكذا في فتاوى قاضي خان ولا يبطل الوقف بالشروط الفاسدة ولهذا لو وقف ارضا على رجل على ان يقرضه
دراهم جاز الوقف وبطل الشرط في فتاوى قاضيخان ايضا قال الفقيه ابو جعفر اعتاق المشتري قبل القبض جائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذا الوقف
المشتري ارضا لو وقفها ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لا يكون متلفا بل لان الفسخ به امتنع فروع اشترى ارضا على انه بالخيار
فوقفها ثم اسقط الخيار صح ولو كان الخيار للبائع فوقفها المشتري ثم اسقط البائع الخيار لا يكون وقفا ولو وقفها البائع صح وتوقف الموهوب له الارض

وأما نصب الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب ذكره هلال في وقفه وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وإن لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا الأشبه أن يكون هذا قول محمد لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولأنه أقرب الناس إلى هذا الوقف فيكون أولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لأنه أقرب الناس إليه ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له أن يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا إذا شرط أن ليس للسلطان ولا للقاضي أن يخرجها من يده ويوليها غيره لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل

فصل

قبل قبضها ثم قبضها لا يصح الوقف وكذا لو وقفها الموصى له بها قبل موت الموصي ثم مات الموصي وكذا لو وقفها في الشراء الفاسد قبل قبضها ثم قبضها قوله وأما نصب الولاية فقد نص محمد يعني القدوري على قول أبي يوسف حيث قال أو جعل الولاية إليه جاز على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضا قوله وهو ظاهر المذهب ذكره هلال في وقفه فقال وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وإن لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا الأشبه أن يكون هذا قول محمد لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه فهذا يدل على أنه لم يثبت تصريح محمد به ولذا أطلق المصنف قوله وهو ظاهر المذهب اه وعلى هذا أن تقتضي اشتراط محمد التسليم إلى القيم أن لا يثبت للواقف ولاية وإن شرطها لنفسه لكن في فتاوى قاضي خان أن أحدهما أن ويل له إن يكن شرط الولاية لنفسه ثم سلمها إلى المتولي فإن الولاية يكون له عند محمد فإنه ذكر في فتاوى قاضي خان ذكر محمد في السير إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لا يكون له ولاية بعد ذلك إلا إذا كان شرط الولاية لنفسه وإذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم إلى أن قال وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولي شرط الوقف فلا تبقى له ولاية بعد التسليم إلا أن شرط الولاية لنفسه وأما على قول أبي يوسف التسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وإن لم يشترطها ومثل هذا الذي ذكره في الكتاب مذكور في الذخيرة والتتمة والآخر أن معنى قول محمد أن شرط الولاية لنفسه في الابتداء وشرط الولاية لنفسه يسقط شرط التسليم عنده نصا لأن شرط ولايته ينافي من ضرورته سقوط التسليم قال في النهاية كذا وجدت في موضع بخط شيخي وقد مر فرعا آخر على اشتراط التسليم عند الكلام عليه ثم استدل المصنف على قول أبي يوسف الذي جعله ظاهر المذهب بقوله ولنا أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا تكون له ولاية وغيره يستفيد الولاية منه وتعقل أن يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطا لأنه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير أجنبيا عنه فيجب كون الولاية فيه للحاكم أولا غير مختار من يسلم لذلك هو من لم ينل الولاية في الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلوص الحق لله تعالى لأن الحاكم هو الذي يتولى حقوق الله تعالى وتخريج للشافعية فلا بد أن تكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه بعدم اشتراطه لنفسه من دليل بخلاف ما إذا شرطها لنفسه وقد تم قوله ولأنه أقرب الناس إلى الوقف فكان أولى بولايته دليلا على ذلك فإن القاضي ليس أقرب منه إليه والغرض أن الواقف عدل مأمون فهو أحق من القاضي لأنه وإن زال الملك فهو على وجه تعود منفعته للواقف بصرفه إلى الجهات التي عينها وهو أنصح لنفسه من غيره فينصب وليا وقوله كمن اتخذ مسجدا كان أولى بعمارته ونصب المؤذن وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لأنه أقرب الناس إليه أما عمارته فلا خلاف نعلم فيه وأما نصب الإمام والمؤذن فقال أبو نصر فأهل المحلة وليس للباني أحق منهم بذلك قال أبو بكر الإسكاف الباني أحق بنصبهما من غيره كالعمارة قال أبو الليث وبه نأخذ إلا أن يريد إماما ومؤذنا والقوم يريدون الأصلح فلهم أن يفعلوا ذلك كذا في النوازل ثم إذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فللقاضي أن يخرجه نظرا للفقراء كما له أن يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا لو شرط أن ليس للسلطان ولا للقاضي أن يخرجه عنه ويوليها غيره لا يلتفت إلى شرطه إذا كان غير مأمون لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل وصرح بأن مما يخرج به الناظر ما إذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه وفي فتاوى قاضي خان لو جعل الواقف ولاية الوقف إلى رجلين بعد موته فأوصى أحدهما إلى صاحبه في أمر الوقف ومات جاز تصرف الحي في جميع الوقف وعن أبي حنيفة لا يجوز لأنه إنما رضي برأيهما وفيها لو جعل رجل وقفا في مرض الموت فجعل رجلا وصيا لنفسه ولم يذكر من أمر الوقف شيئا فإن ولاية الوقف لا يكون إلى الوصي ولو جعله أنت وصيي في أمر الوقف خاصة قال أبو يوسف هو كما قال وقال أبو حنيفة رحمه الله هو وصي في الأشياء كلها

فصل لما اختص المسجد بأحكام تخالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند أبي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا

وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة رح عن ملكه أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به وأما الصلاة فيه فلأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد رح ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه أو لأنه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة رح وكذا عن محمد رح لأن فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه وعن محمد رح أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد يبنى لذلك في الغالب وقال أبو يوسف رح يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالإعتاق وقد بيناه من قبل **قال** ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه أنه قال إذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد رح على عكس هذا لأن المسجد معظم وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعذر تعظيمه وعن أبي يوسف رح أنه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة وعن محمد رح أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا **قال** وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه يعني له أن يبيعه ويورث عنه لأن المسجد ما لا يكون لأحد فيه حق المنع وإذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد رح أنه لا يباع ولا يورث ولا يوهب اعتبره مسجدا وهكذا عن أبي يوسف رح أنه يصير مسجدا لأنه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا إلا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الإجارة من غير ذكر

ولا يجوز مشاعا عند أبي يوسف رح لا يشترط التسليم إلى المتولي عند أبي محمد أو ذو التفصيل على مدة وآخره هذا ويمكن أن يجعل من ذلك أيضا من لو اشترى أرضا شراء فاسدا وقبضها ثم وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمتها للبائع ولو اتخذها مسجدا قال الفقيه أبو جعفر ذكر محمد في كتاب الشفعة أنه لو اشترى أرضا شراء فاسدا وبنى فيها مسجدا جاز عند أبي حنيفة وعليه قيمتها للبائع وقول أبي يوسف ومحمد ينقض البناء ويرد الأرض إلى البائع لفساده ثم قال فاشتراط البناء له دليل على أن لا يكون مسجدا قبل البناء عند الكل وذكر هلال أنه يصير مسجدا في قول أصحابنا فصار فيه روايتان قال الفقيه أبو جعفر في الوقف أيضا روايتان والفرق على إحداهما عند هذا القائل أن في الوقف حق العباد كالبيع والهبة وأما المسجد فخالص حق الله تعالى ما هو خبيث لا يصلح متقربا ولهذا قالوا لو اشترى دارا لها شفيع فجعلها مسجدا كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة وكذا إذا كان للبائع حق الاسترداد كان له أن يبطل المسجد **قوله** وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس في الصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة ومحمد في رواية عنهما وفي رواية أخرى عنهما لا يزول إلا بالصلاة جماعة وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجدا أما قولهما فلأن الملك لما لم يزل بمجرد القول فمشى محمد على أصله في اشتراط التسليم لكن لا تعيين المتولي لأن تعيينه لتحقق التسليم إلى من أخرج إليه وهو الله تعالى ولا يتحقق إلا في ضمن التسليم إلى العبد على ما مر لا كل عبد بل الذي تعود منفعته إليه غير أن المتولي أقيم مقامهم في القبض ومقام الواقف في إقباض الغلة لهم فكل وقف في العادة يتعين له متول لم تجر العادة في المسجد بذلك وليس له غلة يستحقها الناس فأقيم حصول المقصود مقام التسليم وهو الصلاة فيه وعلى هذا يخرج عن الملك بصلاة المنفرد لأن قبض الجنس متعذر فاكتفى بالواحد وعلى هذه الرواية اختلفوا لو صلى الواقف بنفسه وحده والصحيح أنه لا يكفي لأن الصلاة إنما تشترط لأجل القبض للعامة وقبضه من نفسه لا يكفي فكذا صلاته ووجه رواية اشتراط الجماعة أن المقصود بالمسجد ليس الصلاة لأنها تتحقق في غير المسجد فكان تحقق المقصود منه بصلاة الجماعة ولهذا اشترطا كونها بأذان وإقامة عندهما ولو جعل له واحدا مؤذنا وإماما فأذن وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لأن أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة ولهذا قالوا يكره ولو بعد صلاة المؤذن فيه أن تعاد الجماعة التي في مسجد الحي بعد ذلك لو وجد البعض وقولنا لا تعيين المتولي يفيد أنه لو سلمه إلى متول جعله له صح وإن لم يصل فيه وفيه اختلاف المشايخ والوجه الصحة لأن بالتسليم إلى المتولي أيضا يحصل تمام التسليم إليه تعالى لدفع فيه وجه أبي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج عن الملك بلا حكم ما سيأتي بأن لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت له صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لأن لفظ الوقف لا ينبئ عنه والصدقة ليس معناها إلا التصدق بالغلة وهي معدومة ولا يصح بل ترتب مبني على الإبقاء في الملك لتحصل الغلة على ملكه فيتصدق بها فيحتاج إلى حكم الحاكم لإخراجه عن ملكه إلى غير مالك في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجدا فإنه ليس مبنيا على الإبقاء للملك فيحتاج إلى القضاء بزواله فإذا أذن في الصلاة فيه فصلى كما ذكرنا قضى العرف في ذلك بخروجه عنه ومقتضى هذا أمران أحدهما أنه لا يحتاج في جعله مسجدا إلى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك وبه قال مالك وأحمد وقال الشافعي لا بد من قوله وقفته أو حبسته ونحو ذلك لأنه وقف على قربة فكان كالوقف على فقراء ونحن نقول إن العرف جار بأن الإذن في الصلاة على وجه العموم والتخلية يفيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعبير به فكان كمن قدم طعاما إلى ضيفه أو نثر نثارا كان إذنا في أكله والتقاطه بخلاف الوقف على الفقراء لم تجر عادة فيه بمجرد التخلية والإذن بالاستغلال ولو جرت به في عرف اكتفينا بذلك كمسألتنا والثاني أنه لو قال وقفته مسجدا ولم يأذن بالصلاة فيه ولم يصل فيه أحد لا يصير مسجدا بلا حكم وهو بعيد وأبو يوسف مر على أصله من زوال الملك بمجرد القول أذن في الصلاة ولم يأذن ويصير مسجدا لأنه إسقاط كالإعتاق وبه قالت الأئمة الثلاثة وينبغي أن يكون قول أبي يوسف أن كلا من مجرد القول والإذن كما قالا موجب لزوال الملك وصيرورته مسجدا لما ذكرنا من العرف **قوله** ومن جعل مسجدا

قال ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصا لله وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه

سرداب وهو بيت يتخذ تحت الارض لغرض تبريد الماء وغيره او فوقه بيت ليس احدهما للمسجد فليس بمسجد وله بيعه ويورث عنه اذا مات ولو عزل بابه الى الطريق لبقاء حق العبد متعلقا به والمسجد خالص لله سبحانه ليس لاحد فيه حق قال الله تعالى وان المساجد لله مع العلم بان كل شيء له كان فائدة هذه الاضافة اختصاصه به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو منتف فيما ذكرنا اذا كان السفل مسجدا فان لصاحب العلو حقا في السفل حتى يمنع صاحبه ان ينقب فيه كوة او يتد فيه وتدا على قول ابي حنيفة وباتفاقهم لا يحدث فيه بناء ولا ما يوهن البناء الا باذن صاحب العلو واما اذا كان العلو مسجدا فلان ارض العلو ملك لصاحب السفل بخلاف ما اذا كان السرداب او العلو موقوفا لمصالح المسجد فانه يجوز اذ لا ملك فيه لاحد بل هو من تتميم مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب وروي عن ابي حنيفة انه اذا جعل السفل مسجدا دون العلو جاز لانه يتابد بخلاف العلو وهذا تعليل للحكم بوجود الشرط فان التابيد شرط وهو مع المقتضي وانما يثبت الحكم معهما مع عدم المانع وهو تعلق حق واحد وعن محمد عكسه لان المسجد معظم وهو تعليل بحكم التعظيم التي هو متوقف على وجوده وعن ابي يوسف انه جوز ذلك في الوجهين لما دخل بغداد ورأى ضيق الاماكن وكذا عن محمد لما دخل الري وهذا تعليل صحيح لانه تعليل بالضرورة وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس فيه اذا مات له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع منه واذا كان ملكه محيطا بجوانبه الاربع كان له حق المنع ولم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن كل من ابي يوسف ومحمد انه يصير مسجدا الا انه لما رضي بكونه مسجدا ولن يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الاجارة بلا ذكر قوله

ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع ولا يورث عنه يعني بعد صحته بشرطه وفي فتاوى قاضي خان رجل له ساحة لا بناء فيها امر قوما ان يصلوا فيها بجماعة قالوا ان امرهم بالصلاة ابدا او امرهم بالصلاة بجماعة ولم يذكر الابد الا انه اراد الابد ثم مات لا يكون ميراثا عنه وان امرهم بالصلاة شهرا او سنة ثم مات يورث لانه لا بد من التابيد والتوقيت ينافيه ومقتضى هذا ان لا يصير مسجدا فيما اذا اطلق الا اذا اعترفت الورثة بانه اراد الابد فان حقيقته لا تعلم فلا يحكم عليهم بمنع ارثهم بما لم يثبت ولو ضاق المسجد وبجنبه ارض وقف عليه او حانوت جاز ان يؤخذ ويدخل فيه ولو كان ملك رجل اخذ بالقيمة كرها فلو كان طريقا للعامة ادخل بعضه بشرط ان لا يضر بالطريق وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه ابي جعفر عن هشام عن محمد انه يجوز ان يجعل شيء من الطريق مسجدا او يجعل شيء من المسجد طريقا للعامة انتهى يعني اذا احتاجوا الى ذلك ولاهل المسجد ان يجعلوا الرحبة مسجدا وكذا على القلب ويحولوا الباب او يحدثوا له بابا ولو اختلفوا ينظر ايهم اكثر ولاية له ذلك ولهم ان يهدموه ويجددوه وليس لمن ليس من اهل المحلة ذلك كذا لهم ان يضعوا الحياض ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصير كل ذلك من مال انفسهم اما من مال الوقف فلا يفعل غير المتولي الا باذن القاضي الكل من الخلاصة الا ان قوله وعلى القلب يقتضي جعل المسجد رحبة وفيه نظر وقد ذكر المعرفي علامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد اذا اراد ان يبني حوانيت في المسجد او في فنائه لا يجوز له ان يفعل لانه اذا جعل المسجد مسكنا تسقط حرمة المسجد واما الفناء فلانه تبع للمسجد **قوله** ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يستغني عن الصلاة فيه اهل تلك المحلة او القرية بان كان في قرية فخربت وحولت مزارع يبقى مسجدا على حاله عند ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة ومالك والشافعي وعن يباع نقضه ويصرف الى مسجد آخر وكذا في الدار الموقوفة اذا خربت يباع نقضها ويصرف ثمنها الى وقف آخر لما روي ان عمر كتب الى ابي موسى لما نقب بيت المال الذي بالكوفة انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد وعند محمد يعود الى ملك الواقف ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا وان لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه في بناء مسجد آخر وجه قوله انه عين مقربة وقد انقطعت فينقطع

يبقى مسجدا عند ابي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الا ان ابا يوسف يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر

هو الفساد وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه وقنديله اذا خرب المسجد يعود الى ملك متخذه وكما لو كفن ميتا فافترسه سبع عاد الكفن الى ملك الكفن وهي الاحصار اذا زال الاحصار فادرك الحج كان له ان يصنع بهديه ما شاء واستدل ابو يوسف وجمهور العلماء بالكعبة فان الاجماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقربة الا ان للقائل ان يقول القربة التي عينت له هو الطواف من اهل الآفاق ولم ينقطع الخلق عن ذلك ان الفترة وان كان لا يصح منهم لكفرهم على ان الايمان لم ينقطع من الدنيا راسا فقد كان مثل قيس بن ساعدة امثال فالاوجه انه لم يتحقق سبب عود الملك فيه لا يعود كالعتق كما لا يعود اذا زال الى مالك من اهل الدنيا الا بسبب يوجب تجدد الملك فما لم يتحقق لم يعد واما ما قاس عليه من هدي الاحصار فليس بلازم لانه لم يزل ملكه قبل الذبح وكذا الكفن باق على ملك مالكه انما اباح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى المستعير فيعود الى المعير واما الحصير والقنديل فالصحيح من مذهب ابي يوسف انه لا يعود الى ملك متخذه بل يحول الى مسجد آخر او يبيعه قيم المسجد للمسجد ولانه ما جعله مسجد المصلي فيه اهل تلك المحلة لا غير بل ليصلي فيه العامة مطلقا اهل تلك المحلة وغيرهم واما استدلال احمد بما كتب عمر لا يفيده لانه يمكن انه امره باتخاذ بيت المال في المسجد واستدل بالاستفاضة استبدال ذلك ورد بالحديث المشهور وفي الخلاصة قال محمد في الفرس اذا جعله حبيسا في سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع ان يركب يباع ويصرف ثمنه الى صاحبه او ورثته كما في المسجد وان لم يعلم صاحبه يشتري بثمنه فرسا آخر يغزى عليه ولا حاجة الى الحاكم ولو جعل جنازة وملاءة ومغتسلا وقفا في محلة ومات اهلها كلهم لا يرد الى الورثة بل يحمل الى مكان آخر فان صح هذا من محمد فهو رواية في الحصر والبواري انها لا تعود الى الوارث وهكذا نقل عن الشيخ الامام الحلواني في المسجد او الحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه لتفرق الناس عنه انه يصرف اوقافه الى مسجد آخر او حوض آخر واعلم انه يتفرع على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فيما اذا استغنى عن المسجد بخراب المحلة والقرية وتفرق اهلها ما اذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته انه يبطل الوقف ويرجع النقض الى بانيه او ورثته عند محمد خلافا لابي يوسف وكذا حانوت في سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستاجر البتة يخرج عن الوقف وكذا في حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به فهو لوارثه فان لم يعرف فهو لقطة وكذا الرباط اذا خرب يبطل الوقف ويصير ميراثا ولو بنى رجل على هذا الارض فالبناء للباني واصل الوقف لورثة الواقف عند محمد فقول من قال في جنس هذه المسائل نظرا فليتامل عند الفتوى غير الواقع موقعه وفي الفتاوى الظهيرية سئل الحلواني عن اوقاف المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي ان يبيعها ويشتري بثمنها اخرى قال نعم وروى هشام عن محمد انه قال اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي ان يبيعه ويشتري بثمنه غيره وعلى هذا فينبغي ان لا يفتى على قوله برجوعه الى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله او خرابه بل اذا صار بحيث لا يشترى بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت غلته دون غلة الاول وكذا للمتولي ان يبيع من تراب مسبلة اذا كان فيه مصلحة وفي فتاوى قاضي خان وقف على سمين خرب ولا ينتفع به ولا يستاجر اصلا يبطل الوقف ويجوز بيعه وان كان اصله يستاجر بشيء قليل يبقى اصله وقفا انتهى ويجب حفظ هذا فانه قد تخرب الدار وتصير كوما وهي بحيث لو نقل نقضها استاجر ارضها من يبني او يغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك فتباع كلها للواقف مع انه لا يرجع منها اليه الا النقض فان قلت على هذا تكون مسئلة الرباط التي ذكرناها مقيدا بما اذا لم تكن ارضه بحيث يستاجر قلنا لا لان الرباط موقوف للسكنى فامتنعت بانهدامه بخلاف هذه فان الدار وقف لاستغلال الجماعة المسمين ولو انهدم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاد به يباع ويحفظ ثمنه في يد القائم بامر الوقف الى ان يحتاج الباقي الى العمارة فيصرف فيه وكذلك كذا اذا يبس بعض اشجار الارض الموقوفة يبيعها ولا يبيع من نفس الارض كذلك ولا يعطى المستحقون شيئا من ثمن النقض ولا من عينه بوجه من الوجوه لانه لا حق لهم فيها سوى الغلة بل الحال الا يكن خراب شيء يستغل ولو قليلا اذا جاء

قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لم ينقطع عن حق العبد الا ترى ان له ان ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند ابي يوسف يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد رحمه الله اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه

الارض لينبني او تقليلا فعلى حفظ العمارة باقي ولو خرب الكل وتعذر ان يشتري بثمنه مستغل ولو قليلا رجع الى ملك الواقف قوله ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة رحمه الله ولو سلمها الى متول لانه لم ينقطع حقه الا ترى ان له ان ينتفع به في الحال فله ان يسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت لتكون وصية فيلزم لما بعد الموت وله ان يرجع عنه قبل ذلك جعل ذلك كما في الوقف على الفقراء بل اولى لان الثابت في كل منها الفقراء بمعنى عن الخروج عن الملك كما قدمناه في وقفت وتصدقت وفي هذه الامور مع ذلك ثبوت تعلق حقه انتفاعا بعين الوقف كما ذكرنا بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه بخلاف المسجد لا يشترط في زواله عن ملكه حكم ولا وصية لانه لم يبق له حكم الانتفاع به فخلص لله تعالى بلا حكم وعند ابي يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو اصله قوله في الوقف الثلاثة كما مر وعند محمد لا يزول حتى يستقي الناس من السقاية ويسكنوا الخان والرباط ويدفنوا في المقبرة لان التسليم عنده شرط وتسليم هذه بما ذكرنا من سكناهم الخان والرباط الى آخره ويكتفي بالواحد في التسليم الموجب لزوال الملك لتعذر فعل الجنس اي تسليم الكل على تقدير تسليمهم على هذا البير اذا احتفره والحوض يزول الملك اذا استقى منهما واحد او شربت دابة ومن ذلك لو اخذ قطعة ارض او في طريق المسلمين جعلها طريقا يشترط فيه مرور واحد باذنه على قول من يشترط القبض في الاوقاف وكذا القنطرة يتخذها للمسلمين يلزم بمرور واحد ولا يكون بناؤها ميراثا ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه اعني السقاية والخان والرباط المقبرة والبير والحوض لانه اعني المتولي نائب عن الموقوف عليهم ففعله اي تسليمه كفعلهم اي تسليمهم واما في المسجد فقيل لا يكون تسليما وقيل يكون وقد قدمناه مع وجهه ووجه المقتضى الصحة بانه اي المسجد يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم لانه متول له عرفا واختلف في المقبرة قيل كالمسجد على القول بانه لا يكفي في ازالة الملك عنه التسليم الى متول لانه لا متولي له عرفا فلا يزول الملك الا بالدفن فيها وقيل كالسقاية فيصح التسليم الى المتولي قوله ولو جعل داره بمكة سكنى للحاج والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها اي في السقاية والمقبرة وفي الدار المسئلة عنه بها المخرج عن ملكه بذلك القدر وهو قول الائمة الثلاثة بلا شرط الدفع الى المتولي كقول ابي يوسف وعند ابي حنيفة له ان يرجع ما لم يحكم بذلك حاكم ثم روى الحسن عنه انه اذا رجع بعد الدفن لا يرجع في المحل الذي فيه ميت ويرجع فيما سواه ثم اذا رجع في المقبرة بعد الدفن لا ينبشها لان النبش حرام ولكن يسوي ويزرع وهذا على غير رواية الحسن والفتوى في ذلك كله على خلاف قول ابي حنيفة لتعامل المتوارث هذا وتفارق المقبرة غيرها بانه لو كان في المقبرة اشجار وقت الوقف كان للورثة ان يقطعوها لان موضعها لم يدخل في الوقف لانه مشغول بها كما لو جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء في الوقف بخلاف غير المقبرة فان الاشجار والبناء اذا كان في عقار وقفه دخلت في الوقف تبعا ولو نبتت فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس وان لم يعلم فالرأي فيها للقاضي ان رأى بيعها وصرف ثمنها على عمارة المقبرة فله ذلك ويكون في الحكم كانها وقف ولو كانت قبل الوقف لكن الارض مواتا ليس لها مالك فاتخذها اهل القرية مقبرة فالاشجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة ولو ان رجلا غرس شجرة في المسجد فهي للمسجد وفي ارض موقوفة على رباط مثلا فهي للوقف ان قال للقيم تعاهدها ولو لم يقل كذلك فهي له يرفعها لانه ليس له هذه الولاية فلا يكون غارسا للوقف ولو غرس في طريق العامة او على شط النهر العام او وسط الحوض القديم فهي للغارس لانه ليس له ولاية جعلها للعامة كما على شط نهر القرية وقطعها فنبتت من عروقها اشجار فهي للغارس ولو بنى رجل في المقبرة بيتا لحفظ اللبن ونحوه ان كان في الارض سعة جاز وان لم يرض بذلك اهل القرية لكن اذا احتيج الى ذلك المكان يرفع البناء ليقبر فيه ومن حفر لنفسه قبرا فلغيره ان يقبر فيه وان كان في الارض سعة الا ان الاولى ان لا ان كان فيها سعة وهو كمن بسط سجادة في المسجد او نزل في الرباط فجاء آخر لا ينبغي ان يوحشه الاول ان كان في المكان سعة فذكر الناطفي انه [illegible]

ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولو سلمه الى المتولى صح التسليم فى هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه واما فى المسجد فقد قيل لايكون تسليما لانه لاتدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلمه اليه صح التسليم

قيمة العلف ليجمع بين الحقين لايجوز لاهل القرية الانتفاع بالمقبرة الداثرة فلو كان فيها حشيش يحش ويخرج الى الدواب لا يرسل الدواب فيها ثم فى جميع ما ذكرنا من سكنى الخان ودار الغزاة والسقاية والاستقاء من البئر يستوى الغنى والفقير بخلاف وقف الغلة على الغزاة فانها تحل للفقراء دون الاغنياء منهم قال المصنف والفارق فيه العرف فان الواقفين من اهل العرف يريدون بذلك فى الغلة الفقراء وفى غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغنى والفقير فى الشرب والنزول لان الغنى لايقدر على استصحاب الشرب فى كل مكان ولا على ان يشترى ذلك فى كل منزل من السفر وعلى هذا قيل فى الرباط ان يختص سكناه بالفقراء لان العرف على ان بناء الرباط للفقراء وههنا فصلان فى المتولى والموقوف عليه فى التولى

الفصل الاول فى المتولى قالوا الاولى من طلب الولاية على الاوقاف كمن طلب القضاء لايقلد وللمتولى ان يشترى بما فضل من غلة الوقف اذا لم يحتج الى العمارة مستغلا ولا يكون وقفا فى الصحيح حتى جاز بيعه ومن سكن دار الوقف غصبا او باذن المتولى بلا اجرة كان عليه اجرة مثله سواء كان ذلك معدا للاستغلال او غير معد له حتى لو باع المتولى دار الوقف فسكنها المشترى ثم رفع الى قاض هذا الامر فابطل البيع وظهر الاستحقاق للوقف كان على المشترى اجرة مثله وللمتولى ان يستاجر من يخدم المسجد بكنسه ونحو ذلك باجرة مثله او زيادة يتغابن فيها فان كان اكثر فالاجارة له وعليه الدفع من مال نفسه ويضمن لو دفع من مال الوقف وان علم الاجير ان ما اخذه من مال الوقف لايحل له ولو ان ينفق من ماله على حاجة الوقف ولو ادخل جذعا من ماله فى المسجد كان له الرجوع كالوصى اذا انفق على الصغير وله ان يشترى من غلة المسجد دهنا وحصيرا او اجرا وجصا لفرش المسجد ان كان الواقف وسع فقال يفعل ما يراه مصلحة وان وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له ان يشترى ذلك فان لم يعرف له شرط يعمل بما عمل من قبله لايستدين على الوقف الا اذا استقبله امر لابد منه فيستدين بامر القاضى ويرجع فى غلة الوقف وذكر الناطفى وكذا اذا احتاج الى ان يستدين فى زراعة الوقف وبذره بامر القاضى لان القاضى يملك الاستدانة على الوقف فيصح بامره بخلاف المتولى لايملكه والاستدانة ان لايكون فى يده شئ فيستدين ويرجع اما اذا كان فى يده مال الوقف فاشترى ونقد من مال نفسه فانه يرجع بالاجماع لانه كالوكيل اذا اشترى ونقد الثمن من ماله له ان يرجع وليس له ان يرهن دار الوقف فان فعل فسكنها المرتهن ضمن اجرة المثل ولو انفق دراهم الوقف فى حاجة نفسه ثم انفق من ماله مثلها فى الوقف جاز ويبرأ عن الضمان ولو خلطه دراهم الوقف بماله من له كان ضامنا للكل لو اجتمع مال للوقف ثم نابت نائبة من الكفرة فاحتيج الى مال لدفع شرهم قال الشيخ الامام ما كان من غلة المسجد الجامع يجوز للحاكم ان يصرفه الى ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد اليه وله ان يبنى على باب المسجد ظلة لدفع اذى المطر عن الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارته او ترميمه فلا والاصح ما قال ظهير الدين ان الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء واذا كان على عمارة المسجد لايشترى منه الزيت والحصير ولا يفرش منه للزينة والشرفات ويضمن ان فعل ومن وقف وقفا ولم يجعل له متوليا حتى حضرته الوفاة فاوصى الى رجل قالوا يكون وصيا وفيما بناه على قول ابى يوسف لان التسليم ليس بشرط فصح الوقف فى حيوته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له قيما ثم حضرته الوفاة فاوصى لايكون هذا الوصى قيما فى الوقف قيم مسجد مات فاجتمع اهل المسجد على جعل رجل قيما بغير امر القاضى فقام وانفق من غلات وقف المسجد فى عمارته اختلف المشائخ فى هذه التولية والاصح لاتصح بل القيم الى القاضى لكن لايضمن ما انفق فى العمارة من غلاته اذا كان اجر الوقف واخذ الغلة فانفق لانه اذا لم تصح ولايته غاصب والغاصب اذا اجر المغصوب كان الاجر له ويتصدق به كذا فى فتاوى قاضى خان وانت تعلم ان المفتى به تضمين غاصب الاوقاف بخلاف ما اذا كان وقفه على

والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفا وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة

ارباب معلومين فان لهم ان ينصبوا متوليا من اهل الصلاح لكن قيل الاولى ان يرفعوا امرهم الى القاضي لينصب لهم وقيل بل الاولى في هذا الزمان ان لا يفعلوا وينصبوهم وليس للمشرف ان يتصرف في مال الوقف بل وظيفته الحفظ لا غير وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف وللمتولي ان يفوض الى غيره عند موته كالوصي له ان يوصي الى غيره عند موته الا انه لو كان الواقف جعل لذلك المتولي المسمى لم يكن ذلك الاجر حتى يجعل يرفع الامر الى القاضي اذا تبرع بعمله ليفرض له اجر مثله الا ان يكون الواقف جعل ذلك لكل متول وليس للقاضي ان يجعل للذي كان ادخله ما كان الواقف جعله للذي كان ادخله لان للواقف في هذا ما ليس للحاكم واذا اخذ المتولي من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن فالامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا في ثلاث مسائل هذه احدها والثانية اذا اودع السلطان الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من اودع والثالثة القاضي اذا اخذ مال اليتيم واودع غيره ثم مات ولم يبين عند من وضع لا يضمن استحسانا عليها لو كان القاضي اخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكر هشام عن محمد انه يضمن لو قال قبل موته ضاع مال اليتيم عندي او انفقته عليه ومات لا يكون ضامنا لو مات قبل ان يقول ضمن وكذا لو باع المتولي دار الوقف ومات ولم يبين اين الثمن فانه يكون دينا في تركته وللناس ان يأخذوا المتولي بتسوية حائط الوقف وان لم يكن المتولي الى الحاكم فان لم يكن له غلة يرفع الى القاضي ليامر بالاستدانة لاصلاحها وله ان يبني قرية في ارض الوقف للاكرة وحفاظها وليجمع فيها الغلة وان يبني بيوتا يستغلها اذا كانت الارض متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة فان كان زراعتها اصلح من الاستغلال لا يبني وفي النوازل في الارض افضل من مال الوقف قال ان كان احوج للغلة ارجو ان يكون واسعا ولا يوجد الوقف اجارة طويلة واكثر ما يجوز ثلاث سنين وليس له الاعارة الا ان كانت اصلح للوقف ولو زرع الواقف والمتولي ارض الوقف وقال زرعتها لنفسي قال المحققون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتولي في هذا النقصان للارض وليس عليهما اجر مثل الارض ويقول القاضي له ازرعها للوقف فان قال ليس للوقف مال ازرعها به يامره بالاستدانة لذلك فان قال لا يكفيني يقول لاهل الوقف استدينوا فان قالوا لا يمكننا بل نزرع لانفسنا لا يمكنهم لان الوقف في يد الواقف فهو احق به ولا يخرجه الا ان يكون غير مامون ذكر هذه المسئلة لقرد هاني فتاوى قاضي خان وغيره وينعزل الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاف الا ان لم اقل من ذلك لو عاد اليه عقله وبرأ من علته عاد اليه النظر وللناظر ان يوكل من يقوم بما كان اليه من امر الوقف ويجعل له من جعله شيئا وله ان يعزله ويستبدل به او لا يستبدل ولو جن الموكل وكيله ويرجع الى القاضي في النصب لو خرج حاكم فيما فمات او عزل فتقدم المخرج الى القاضي الثاني ان ذلك القاضي اخرجه بلا جنحة لا يدخله لان امر الاول محمول على السداد ولكن يكلفه ان يثبت عنده انه اهل وموضع للنظر في هذا الوقف فان فعل اعاده وكذا لو اخرجه لفسق وخيانة فبعد مدة تاب الى الله واقام بينة انه صار اهلا لذلك فانه يعيده وليس على الناظر ان يفعل الا ما يفعله امثاله عن الامر والنهي بالمصالح ويصرف الاجر من مال الوقف للحملة بايديهم فسلفا قلنا لو عمي او طرش او خرس او فلج ان كان بحيث يمكنه الكلام من الامر والنهي والاخذ والعطاء فله الاجر الذي عينه له الواقف وللناظر في الوقف على الفقراء ان يعطي قرابته وله ان يقطعهم ويعطي غيرهم فكيف لا يدخل كثرة بحيث يجعل مصرفهم وفي وقف الخصاف ان حكم القاضي ان لا يعطي غير هذا الرجل لم يعط غيره وما لم يحكم بذلك له ان يعطي غيره ويحرمه لان في كل منهما تنفيذ شرط الواقف

وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بلا اثر بها حتى ظفرت في المسئلة بقولهم ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

الفصل الثاني في الموقوف عليه وقف على زيد ثم المساكين فرد زيد فهو للمساكين كذا على زيد وعمرو فرد احدهما ظهر انه كان ميتا فنصيبه

يكفيني

ولو جعل داره بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان في الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء

للمساكين وكذا اذا رد واحد منهم ثم قبل بعد الرد لا يعود ومن اجل سنة ليس له ان يرد بعد ذلك ولو قال لا اقبلها سنة واقبل ما سوى ذلك فانه يجوز وحصته من هذه السنة للباقي من اهل الوقف ثم يشاركهم فيما بعدها ولو قبل سنين سماها ليس له الرد ... وقوله على ولد فلان ابدا ما تناسلوا فرده الموجودون صار للفقراء فاذا جاء من بعدهم رجع من الفقراء اليهم الا ان يرده ولو رد واحد منهم فنصيبه للفقراء كلها لمن قبل وجعل من لم يقبل كالميت بخلاف الوصي بغلته لولد عبد الله وكانوا يوم مات الموصي فرد واحد فحصته لورثة الموصي هذه مما افترق به الوصية والوقف ذكره هلال وغيره وعلى فلان وولده فرده فلان لم يبطل رده في رد ما لولده صغارا كانوا او كبارا وقف على ولده ثم المساكين فلولده لصلبه يستوي فيه الذكر والانثى الا ان يخص صنفا او ام واحد منهم فالكل له فان لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له لا يشاركه من دونه من البطون فان كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية وبه اخذ هلال وعن محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية ثم اذا ولد للواقف ولد لصلبه رجع من ابن الابن اليه ولو صنع اسم الولد ولد ولده فقال على ولدي وولد ولدي ثم المساكين اشترك الصلبيون واولاد بنيه واولاد بناته كذا اختاره هلال والخصاف وصحح في فتاوى قاضي خان انكر الخصاف رواية خروج اولاد البنات وقال لم اجد من يقوم برواية ذلك من اصحابنا وانما روي عن ابي حنيفة فيمن اوصى بثلثه لولد زيد بن عبد الله فان وجد له ولد ذكور واناث لصلبه يوم موت الموصي كان بينهم فان لم يكن له اولاد لصلبه بل ولد ولد من اولاد الذكور والاناث كان لولد الذكور دون البنات لانهم ما سوا على ثلث هذه وهي وزان المسئلة الاولى وفرق شمس الائمة بينهما وبين هذه بان ولد الولد اسم لمن ولده ولده وبنته ولده بخلاف قوله ولدي فان ولد البنت لا يدخل في ظاهر الرواية لان اسم ولده يتناول ولده لصلبه وانما وضع في ولد ابنه لانه ينسب اليه عرفا قال وذكر محمد ان ولد الولد يتناول ولد البنت عند اصحابنا لكن في الكبرى في التجنيس ان الفتوى على ظاهر الرواية فقد اختلفوا في الاختيار والوجه ما ذكره شمس الائمة من صدق ولد الولد على ولد البنت صحيح من حيث اللغة لكن مبنى ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فانه يقال ... لفلان كذا ... وكلام الواقفين منصرف الى العرف فانما يحمل عليه بخلاف اذا لم ... الى الولد كما يقال لابن فلانة ... الاعمام ... خلاف ... في اولاد اولاده ... على المذكور ... اولاد اولاد لمن ... ابن ... على ظاهر الرواية ... بل للفقراء ولو قال ولدي وولد ولدي وولد ولد ولدي صرفت الى اولاده ابدا ما تناسلوا ولا يصرف للفقراء ما كان في نسله واحد ويستوي الاقرب والابعد الا ان يرتب ... ولو قال اولادي بلفظ الجمع يدخل النسل كله ... البطون ... بالذكور ولو قال ... ولم يكن له اولاد ... قبل الوقف لا يدخلون مع اولاد اولاد الموجودين ... على اولاده ... الموجودين ... يرجع اليهم ... بخلاف ... اولاد اولاده ... على اولاد الموجودين ... ولو قال ... فلان ... للفقراء ... الثلاثة التي ... للفقراء ... ولو قال على بني زيد ... النصف ... والنصف الاخر للفقراء ... اقل الجمع اثنان ... المحتاجين ... النصف الاخر للفقراء ... لكل ولد ... الواحد ... في اولاد ... المحتاجين ... بين ابي يوسف ومحمد ... النصيب للفقراء الواحد ... ابو يوسف ... المقصود ... ويدخل البنات في قوله بني ... هلال عن ابي حنيفة ... الذكور ... قال بعض المشايخ في المسئلة روايتان ... في الخلاصة هذا انما يستقيم في بني ... يحصون ... الانثى ... الاناث ... للفقراء ... لا يدخل الذكور ثم المستحق ... الغلة ... في البطن ... الغلة ... من ستة اشهر ... في البطن ... الغلة فاستحق ...

وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغنى
والفقير والفارق هو العرف فى المعلين فان اهل العرف يريدون بذلك فى الغلة الفقراء وفى غيرها التسوية بين الفقراء والاغنياء

كان لوقته ونبغى فى ولد الزوجة اما الجارية فانه لو ولد لاقل من ستة اشهر لا عرف ببيتى لا يستحق الا اذا على الترجيح لما انه مستحقين بخلاف ولد الزوجة فانه يعتبر لما ثبت النسب والوارثات اوقف لولد
من ستة تحمل فوقت يكون نصيب الجميع في الجارية لو قبيين من يوم وقف يستحق من كل غلة خرجت فيما بين كذا وكذا بنية وقيت الوقف قيم بالحمل وتكرر كذلك ان كان الموت والطلاق بعد لاحتمال الحبل ان يكون سبب الرجوع
انه من حمل حادث وخروج الغلة يعنى المساواة وقت انعقاد الزرع حبا وقال بعضهم يعتبر الزرع متقوما ذكره فى خزانة وقاضى خان ونحوه فى الحاوى وفى وقف الخصاف يوم طلوعه
الثمرة وينبغى ان يعتبر وقت امانه العاهة كما فى الحاوى بيانه الانقاد ويامن العاهة تعتبر الغلة اما على طريقة ما ذكرنا من اجارة ارض وقف لمن يزرعها النفس باجرة يستحق
على ثلاثة اقساط كل ربعة اشهر قسط فيجب اعتبار ادراك القسط فهو كادراك الغلة فكل من كان مخلوقا قبل تمام الشهر الرابع حتى ثم وهو مخلوق استحق هذا القسط ومن لا فلا
وهذا كله بخلاف ما لو قال على اصاغر ولدى او العور منهم والعميان فان الوقت يخص بهم ويعتبر الصغر والعور والعميان يوم الوقف لا يوم الغلة بخلاف ما لو وقف على مساكين البصرة
مثلا او بغداد يعتبر سكنى البصرة يوم الغلة لان الاصل ان ما كان لا يزول فهو كالاسم العلم وكذلك ما زال على وجه لا يحتمل العود فيعتبر وجوده يوم الوقف بخلاف الفقر وسكنى
البصرة يحتمل العود بعد الزوال ولو قال من خرج سقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه كما لو وقف على الايامى على ان من تزوجت سقط سهمها فتزوجت بواحد ثم طلقت
لا تعود الا ان كان نص على ذلك كل من مات من المستحقين اذا لم يبين الواقف مآل حصته بعد موته يقسم على الباقين فقد تنتقض القسمة فى كل سنة فيعطى الغنى والفقير من الاولاد
الا ان يعين المحتاجين من ولده فيلزم من ادعى الحاجة منهم ان لا يعطى ما لم يبينها عند القاضى ولو تعارضت بينتا فقره وغناه حرم تقديم البينة غناه لانها اكثر اثباتا او
ولد لاقل من ستة اشهر من خروج الغلة لا يستحق عند هلال لانه لا يوصف بالحاجة فى البطن ولو لم يحبل نفقة الحامل فى مال من فى البطن استحق عند الخصاف لانه كان
مخلوقا قبل مجئ الغلة ولا مال له ولو لم يكن فيهم محتاج كان للمساكين ومن افتقر بعد الغنى رجع اليه الكل وفى وقف الخصاف لو اجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى قوم
وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى كل من فقيرا يوم القسمة ولا النظر الى من كان فقيرا يوم الغلة ثم استغنى فاعطيه بخلاف ما لم يكن موجودا الا وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيئا لكن يفتقر
ما بعدها وكذا لو حبس عميان ولاه ونحوه ليعينوا والمحتاج الذي يصرف اليه من لا يدفع اليه الزكاة ولا يكون له ارض ودار يستغلها وان لم تفت غلتها بكفايته حتى يبيعها او
ثمنها التفضيل بينهم اقل من نصاب بخلاف الدار التي يسكنها والخادم والثياب للمتروك عليهم الدار يسكنها اهل الاستنزاح كما ليس للمتروك عليهم السكنى الا الاستغلال والعلم انه اذا ذكر الاولاد والقرابات الغنى والفقير
منهم الا ان يخص الفقراء كما ذكرنا واما غيرهم قال شمس الائمة اذا ذكر مصرفا فيه تنصيص على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون او لا يحصون لان المطلوب به وجه الله تعالى ومتى ذكر
مصرفا يستوى فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون فذلك صحيح لهم باعتبار اعيانهم وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا ان كان فى لفظه ما يدل على الحاجة استعمالا بين الناس
لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون اغنيائهم فانبنى على هذا كما لو وقف على الرجال والنساء او المسلمين او الصبيان ونحوه
معزوا او ربيعة او على تميم او بنى هاشم لا يجوز شئ من ذلك لا شتماله الاغنياء والفقراء مع عدم الاحصاء ولا مميز فى الاستعمال ونص الخصاف على ان الوقف على الزمنى والعميان
والعور باطل من قبيل انه ينتظم الغنى والفقير وهم لا يحصون كذا على قراء القرآن على الفقهاء وقال على اصحاب الحديث او الشعراء كل ذلك باطل لما ذكرنا والذى
الضابط الذى ذكر شمس الائمة انه يصح على الزمنى والعميان وقراء القرآن والفقهاء واهل الحديث ويصرف للفقراء منهم كاليتامى لا اشعار الاسماء بالحاجة استعمالا لان العمى والزمانة
بالعلم تقطع عن الكسب فيغلب فيهم الفقر فقد صرح فى الوقف على الفقهاء باستحقاق الفقراء منهم وهو فرع الصحة والمسألة المذكورة فى آخر فصل
المسجد من الهداية يفيد ذلك وهى ما اذا جعل غلة ارضه وقفا على الغزاة انه يصح ويصرف الى فقراء الغزاة مع ان اسم الغزاة ينتظم الغنى
والفقير وهم لا يحصون غير انه يشعر بالحاجة ونص فى وقف هلال على جوازه على الزمنى وبه يفتى لفقرائهم وصحح فى وقف الخصاف لفتح الوقف
على ارامل بنى فلان وانه لكل ارملة كانت يوم الوقف او حدثت سواء كن يحصين او لا وهو للفقراء منهن اذا كانت بالغة فمن اعطى منهن

عند القسمة

ولان الحاجة تشمل الغنى والفقير فى التقرب والقربات والعبد لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغنائه والله اعلم بالصواب

اجزاه والارملة المستحقة كل بالغة كان لها زوج وطلقها او مات دينا لفوات الايامى فاذا وقف على ايامى بنى فلان و بعده من للمساكين وايامى قد اين لكن يحبسين فلوقف جائز وعليه الفتية وذلك لان يحبسين لم يجز الوقف فيكون للمساكين والايم المستحقة كل انثى جومعت ولو لم يجز ولا زوج لها بالغة او لا ولو قال على كل ثيب من بنى فلان ومن قرابتى وان كانت يحبسين جاز لمن في كل من يحبسه منهن ان كن يحبسين فى وقت قسمة من القسم سقط الثلثه للمساكين والثيب كل من جومعت ولم يجز ولا زوج اولا دان لم تبلغ ولا بكار من قرابتى او بنى فلان ان كن يحبسين فهو لمن فى لم يحدث ابدا وان كن لا يحبسين كالوقف عليهن باطل وهو للمساكين البكر من لم تجامع وان كانت العذرة زائلة وفى كل لا يحصى منهن من ذكرنا لا ايم سو الوقف لو قيل للفقرا منهن جاز ومن اعطى اجزاه كالوقف على الاقارب وقف على اهل بيته ثم للمساكين دخل الغنى والفقير ممن يناسبه الى الاب الذى ادرك الاسلام اسلم ذلك الاب او لا ممن كان موجودا حالة الوقف او حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبيان لا قل من ستة اشهر من مجى الغلة ولو كانوا مرتدين لقوم او كفار ذميين لا يدخل فى ذلك الاب ويدخل ابو الواقف واجداده وولده لصلبه واولاد الذكور منهم وان سفلوا ولا يدخل ابناء البنات منهم لده الا اذا كان اباهم ممن يناسبه الى ذلك الجد الذى ادرك الاسلام ولا يدخل الواقف ولا اولاده عماته الا اولاد اخواته اذا كان آباؤهم من قوم آخرين وقوله على اهل بيتي ولا يخص الفقراء الا ان خصهم وقوله على الفقراء منهم وعلى من افتقر منهم سواء حيث يكون لمن يكون فقيرا وقت الغلة وان كان غنيا وقت الوقف وتقييده بمن كان غنيا فافتقر على الصحيح ولو وقف على قرابته فهو لمن يناسبه الى اقصى اب فى الاسلام من قبل ابيه والى اقصى اب له فى الاسلام من قبل امه لكن لا يدخل ابو الواقف ولا اولاده لصلبه وفى دخول الجد روايتان وظاهر الرواية لا يدخل ويدخل اولاد البنات واولاد العمات والخالات والاجداد الاعلون والجدات وجمى وارحامى وكل ذى نسب منى كالقرابة وعلى عيالى يدخل كل من كان فى عياله من الزوج والولد ومن كان يعوله من غير ذى الرحم وغير ذوى الرحم واذا وقف هذا على اهل بيتي فاذا انقرضوا فعلى قرابتى فهو صحيح وتصرف بعدهم لمن يناسبه من قبل ابيه ولو عكس فقال على قرابتى واذا انقرضوا فعلى اهل بيتى لم يصح ومثله لو قال على اخوتى فاذا انقرضوا فعلى اخوتى لابى ولاخوة متفرقون او بعد انقراض الكل لا بنتى لا اخ فيكون بعد انقراضهم للمساكين وعلى جيرانه يجوز ثم هم عند ابى حنيفة ره الملاصقون فهو لجميع من فى كل دار ملاصقة من الاحرار ولو كانوا اهل ذمة والبعيد بالسوية قرب الابواب او بعدت وعن ابى يوسف هم الذين تجمعهم محلة واحدة او مسجد واحد فان جمعتهم محلة واحدة وتفرقوا فى مسجدين فى محلة واحدة ان كان المسجدان صغيرين متقاربين فان تباعدا او كان مسجدا عظيما جامعا فكل اهل مسجد جيران دون الآخرين وقال محمد هم الملاصقون السكان سواء كانوا مالكين للدار او لا وسياتى بقية هذا فى الوصايا ان شاء الله تعالى ولا يدخل الارقاء ومن انتقل من الجوار على الخلاف فى الجار بطل حقه من الوقف

للفقراء

قد تم المجلد الثانى من فتح القدير ويتلوه المجلد الثالث بعون الله العلى الكبير